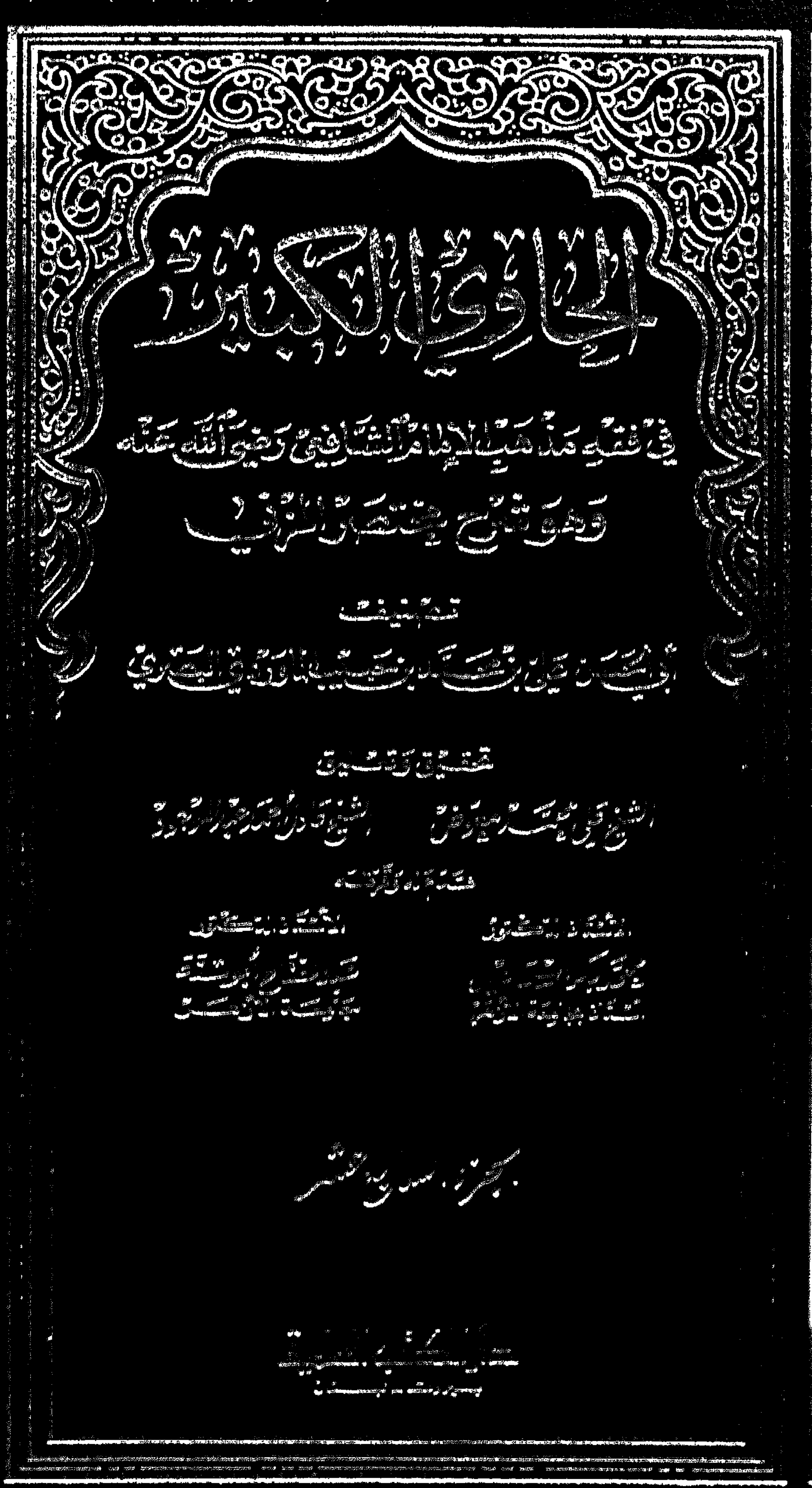

الحاوي الكبير
في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني
تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري
تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الجزء السادس عشر
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان






Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)



تصنيف

أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض | الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء السابع عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

الشَّهَادَاتُ فِي الْبُيُوعِ

مُخْتَصَرٌ مِنَ الجَامِعِ مِن اخْتِلَافِ الحُكَّامِ وَالشَّهَادَاتِ وَمِنْ أَحْكَامِ القُرْآنِ وَمِنْ مَسَائِل شَتَّى سَمِعْتُهَا مِنْهُ لَفْظاً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ فَاحْتَمَلَ أَمْرُهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مُبَاحاً تَرْكُهُ وَالآخَرُ حَتْماً يَعْصِي مَنْ تَرَكَهُ بِتَرْكِهِ فَلَمَّا أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي آيَةِ الدَّيْنِ وَالدَّيْنُ تَبَايُعٌ بِالإِشْهَادِ وَقَالَ فِيهَا ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ دَلَّ عَلَى أَنَّ الأُولَى دَلَالَةٌ عَلَى الحَظِّ لِمَا فِي الإِشْهَادِ مِنْ مَنْعِ التَّظَالُمِ بِالجُحُودِ أَوْ بِالنِّسْيَانِ وَلِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ بَرَاءَاتِ الذِّمَمِ بَعْدَ المَوْتِ لَا غَيْرُ وَكُلُّ أَمْرٍ نَدَبَ اللَّهُ إِلَيْهِ فَهُوَ الخَيْرُ الَّذِي لَا يَعْتَاضُ مِنْهُ مَنْ تَرَكَهُ وَقَدْ حُفِظَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ بَايَعَ أَعْرَابِيّاً فَرَساً فَجَحَدَهُ بِأَمْرِ بَعْضِ المُنَافِقِينَ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا إِشْهَادٌ فَلَوْ كَانَ حَتْماً مَا تَرَكَهُ ﷺ».

قال الماوردي: أما الشهادة، فهي إحدى الوثائق في الحقوق والعقود، وهي أعم من الرهن والضمان لجوازها فيما لا يجوز فيه الرهن والضمان، وندب الله تعالى إليها احتياطاً في مواضع من كتابه العزيز، فقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا، فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فدلّ ما تقدم من الآيات الثلاث على الأمر بالشهادة في الحقوق، ودل ما تأخر من الآيتين على وجوب أدائها على الشهود، فدل ما ذكرنا على أن الشهادة مندوب إليها.

وما يشهد فيه ضربان: حقوق وعقود.

فأما الحقوق فالشهادة فيها مندوب إليها لحفظها على أهلها، وأما الشهادة في العقود، فالشهادة فيها تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كانت الشهادة واجبة فيه، وشرطاً في صحته، وهي عقود المناكح، وقد ذكرناه في كتاب النكاح.

والقسم الثاني: ما كانت الشهادة فيه وثيقة، ولم تكن شرطاً في صحة عقده كالإجارة والرهن والقراض والوكالة.

والقسم الثالث: ما كان مختلفاً في وجوبها فيه، وهو عقود البياعات، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء أن الشهادة في البيع مستحبة وليست واجبة.

وقال سعيد بن المسيب وداود وطائفة من أهل الظاهر إن الشهادة في البيع واجبة استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهذا أمر يدل على الوجوب، وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ثَلَاثَةٌ يَدْعُونَ فَلَا يُسْتَجَابُ لَهُمْ رَجلٌ أَتى السَّفِيهَ مَالَه، فهُوَ يَدْعُو عليه قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ [النساء: ٥]، وَرَجُلٌ لَهُ امْرَأَةٌ سَيِّئَةُ الْخُلُقِ، فَهُوَ يَدْعُو عَلَيْهَا لِلْخَلَاصِ مِنْهَا وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ إِلَيْهِ طَلَاقَهَا، وَرَجُلٌ بَاعَ بَيْعاً فَلَمْ يَشْهَدْ وَاللَّهُ تَعَالَى يقولُ: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾»[1] [البقرة: ٢٨٢]، فدل على وجوب الشهادة في البيع.

ودليلنا ما ذكره الشافعي من قول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والدين المؤجل لا يثبت إلا في البيوع، والكتاب يكون للشهادة، ثم قال ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. فدل على أن الشهادة في البيع محمولة على الإرشاد والاستحباب دون الحتم والوجوب.

وروي عن جابر بن عبد الله أنه قال: تخلفت عن الناس في السير، فلحقني النبي ﷺ فقال: «بِعْنِي جِمْلَكَ وَأَسْتَثْنِي لَكَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ قال: فَبِعْتُهُ مِنْهُ»[2] فدل الظاهر أنه لم يشهد.

وروي أن النبي ﷺ ابتاع من أعرابي شيئاً فاستتبعه ليقضيه الثمن فلما رآه المشركون فطفقوا وطلبوه بأكثر، فقال النبي ﷺ: «قَدْ ابْتَعْتُهُ فَجَحَدَهُ الأعرابيُّ، فقال: مَنْ يَشْهَدْ لِي، فَقَالَ خُزَيْمَةُ بنُ ثابت: أنا أشهدُ لك. قالَ: بِمَ تَشْهَدُ، وَلَمْ تَحْضَرْ، فقالَ: نُصدقك على أخبار السماء ولا نُصدقك على أخبار الأرض؟ فسماه النبي ﷺ ذا

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٠٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٤٦) والطحاوي في مشكل الآثار(٣/ ٢١٦).

(٢) أخرجه الإمام مسلم (٣/ ١٢٢٣) كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه حديث رقم (١١٣ ب/ ٧١٥).

الشهادتين»(١) فلو وجبت الشهادة في البيع لما تركها في ابتياعه من الأعرابي، وقال النبي ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ووزن معلومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» فَذَكَر شروط العقد ولم يذكر الشهادة.

ولأنها وثيقة في البيع فلم تجب فيه كالرهن والضمان، ولأنه عقد معاوضة محضة فلم تجب فيه الشهادة كالإجارة، ولأن ما صح فيه الإباحة لم تجب فيه الشهادة كبيع الشيء التافه، ولأن ما قصد به تمليك المال لم تجب فيه الشهادة كالهبة.

وأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن أمره بها بعد البيع دليل على أنها غير واجبة في البيع.

والثاني: ما أجاب به الشافعي عنها.

وأما الجواب عن الخبر فمن وجهين:

أحدهما: أنه موقوف على عليّ وليس بمتصل.

والثاني: أنه محمول على الاستحباب بدليل ما قررناه(٢) والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه النسائي (٣٠٢/٧) كتاب البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع حديث (٤٦٤٧)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢١٦/٥)، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٦/١) بنحوه.

(٢) في أ قرنه به

بَابُ عِدَّةِ الشُّهُودِ وَحَيْثُ لَا يَجُوزُ فِيهِ النِّسَاءُ وَحَيْثُ يَجُوزُ وَحُكْم القَاضِي بِالظَّاهِرِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَدَلَّ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤهُ عَلَى أَنْ لاَ يَجُوزَ فِي الزِّنَا أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ لِقَوْلِهِ ﴿لَوْلاَ جَاؤوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ وَقَالَ سَعْدٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلاً أُمْهِلُهُ حَتَّى آتِيَ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ «نَعَمْ»: وَجَلَدَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ثَلاَثَةً لَمَّا لَمْ يَقُمِ الرَّابِعُ وَقَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤهُ فِي الإِمْسَاكِ وَالفِرَاقِ ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ فَانْتَهَى إِلَى شَاهِدَيْنِ وَدَلَّ عَلَى مَا دَلَّ قَبْلَهُ مِنْ نَفْيِ أَنْ يَجُوزَ فِيهِ إِلاَّ رِجَالٌ لاَ نِسَاء مَعَهُمْ لأَنَّهُ لاَ يَحْتَمِلُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ وَقَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤهُ فِي آيَةِ الدَّيْنِ ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ وَلَمْ يَذْكُرْ فِي شُهُودِ الزِّنَا وَلاَ الفِرَاقِ وَلاَ الرَّجْعَةِ امْرَأَةً وَوَجَدْنَا شُهُودَ الزِّنَا يَشْهَدُونَ عَلَى حَدٍّ لاَ مَالٍ وَالطَّلاَقُ وَالرَّجْعَةُ تَحْرِيمٌ بَعْدَ تَحْلِيلٍ وَتَثْبِيتُ تَحْلِيلٍ لاَ مَالٍ وَالوَصِيَّةُ إِلَى المُوصَى إِلَيْهِ قِيَامٌ بِمَا أُوصِيَ بِهِ إِلَيْهِ لاَ أَنَّ لَهُ مَالاً وَلاَ أَعْلَمُ أَحَداً مِنْ أَهْلِ العِلْمِ خَالَفَ فِي أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ فِي الزِّنَا إِلاَّ الرِّجَالُ وَأَكْثَرُهُمْ قَالَ وَلاَ فِي الطَّلاَقِ وَلاَ فِي الرَّجْعَةِ إِذَا تَنَاكَرَ الزَّوْجَانِ وَقَالُوا ذَلِكَ فِي الوَصِيَّةِ فَكَانَ ذَلِكَ كَالدَّلاَلَةِ عَلَى ظَاهِرِ القُرْآنِ وَكَانَ أَوْلَى الأُمُورِ بِأَنْ يُصَارَ إِلَيْهِ وَيُقَاسَ عَلَيْهِ وَالدَّيْنُ مَالٌ فَمَا أَخَذَ بِهِ المَشْهُودُ لَهُ مَالاً جَازَتْ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلاَ يَجُوزُ فِيهِ إِلاَّ الرِّجَالُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ وَقَال: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾ دَلاَلَةٌ عَلَى أَنْ لاَ تَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ حَيْثُ يَجُزْنَ إِلاَّ مَعَ الرَّجُلِ وَلاَ يَجُوزَ مِنْهُنَّ إِلاَّ امْرَأَتَانِ فَصَاعِداً وَأَصْلُ النِّسَاءِ أَنَّهُ قَصَّرَ بِهِنَّ عَنْ أَشْياءِ بَلَغَهَا الرِّجَالُ أَنَّهُمْ جُعِلُوا قَوَّامِينَ عَلَيْهِنَّ وَحُكَّاماً وَمُجَاهِدِينَ وَأَنْ لَهُمْ السَّهْمَانِ مِنَ الغَنِيمَةِ دُونَهُنَّ وَغَيْرَ ذَلِكَ فَالأَصْلُ أَنْ لاَ يُجزْنَ فَإِذَا أُجِزْنَ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يُعْدَ بِهِنَّ ذَلِكَ المَوْضِعَ وَكَيْفَ أَجَازَهُنَّ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ فِي الطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ وَرَدَّهُنَّ فِي الحُدُودِ (قَالَ الشَّافِعِيّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي إِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَنْ لاَ يُجزْنَ عَلَى الزِّنَا وَلَمْ يستنبن فِي الإِعْوَازِ مِنَ الأَرْبَعَةِ دَلِيلٌ

عَلَى أَنْ لَا يُجَزْنَ فِي الوَصِيَّةِ إِذْ لَمْ يُسْتَثْنَيْنَ فِي الإِعْوَازِ مِنْ شَاهِدَيْنِ».

قال الماوردي: وجملة الشهادة أن المعتبر فيها ثلاثة شروط العدد والجنس والعدالة فأما العدالة فمعتبرة في كل شهادة، ولا تقبل شهادة الفاسق بحال، وأما العدد والجنس فيعتبران بالمشهود فيه وهو ضربان:

أحدهما: ما كان من حقوق الله تعالى، وهي تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يقبل فيه أقل من أربعة رجال لا امرأة فيهم، وهو الزنا واللواط وإتيان البهائم؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَلَوْلَا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية.

وقال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾[النساء: ١٥] وقال سعد بن عبادة يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: «نعم»[١] شهد عند عمر على المغيرة بالزنا أبو بكرة، ونافع ونفيع وتوقف زياد عن إكمال الشهادة، فجلد عمر الثلاثة، ولم يرجم المغيرة[٢].

والقسم الثاني: ما يقبل فيه شاهدان لا امرأة فيهما، وهو ما سوى الزنا من حدود الله تعالى كالقطع في السرقة، وحد الحرابة، والجلد في الخمر والقتل في الردة، وهو قول جمهور الفقهاء. وقال الحسن البصري: كلما أوجب القتل لا أقبل فيه أقل من أربعة كالزنا، وهذا فاسد، لأن الزنا مختلف فبعضه يوجب الرجم، وبعضه يوجب الجلد، والشهادة فيهما واحدة، فوجب أن يخالف ما عداه فيما يوجب القتل، ولا يوجبه في ذلك أن تكون البينة فيه واحدة، واتفقوا على أن شهادة النساء في الحدود غير مقبولة إلا ما حكي عن عطاء وحماد بن أبي سليمان أن شهادة النساء في الحدود مقبولة كالأموال، وهذا فاسد. لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولأن حدود الله تعالى تُدرأ بالشبهات فكانت الشهادة فيها أغلظ من الشهادة في غيرها مما لا يدرأ بالشبهات كما أن الزنا لما كان أغلظ من السرقة لتعديه إلى اثنين واختصاصه بإسقاط نسب الولد كانت الشهادة فيه أغلظ منها فيما عداه.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣/٤٤٨، ٤٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٥٢).

والقسم الثالث: ما اختلف عدد الشهادة فيه وهو الإقرار بالزنا، وفيه للشافعي قولان:

أحدهما: أنه لا يثبت بأقل من أربعة شهود لا امرأة فيهم، لأنه موجب لحد الزنا كالشهادة على فعل الزنا.

والقول الثاني: أنه يثبت بشاهدين، لأنه إقرار فأشبه الإقرار بما عداه.

فصل: والضرب الثاني: ما كان من حقوق الآدميين، وهي تنقسم ثلاثة أقسام تختلف في الجنس والعدد:

أحدها: وهو أوسعها، وهو ما يقبل فيه شاهدان وشاهد وامرأتان، وشاهد ويمين، وهو المال وما كان مقصوده المال، لقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقضى رسول الله ﷺ بالشاهد واليمين[1].

والقول الثاني: ما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، وهو الولادة والاستهلال والرضاع، وما لا يجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب من العيوب المستورة بالعورة، فيقبل فيه أربع نسوة، وجوّز أبو حنيفة في الولادة قبول شهادة القابلة وحدها، والكلام معه يأتي.

فإن شهد بذلك شاهدان أو شاهد وامرأتان قبل، لأن شهادة الرجال أغلظ، ولا يقبل فيه شاهد ويمين.

والقسم الثاني: ما يقبل فيه شهادة رجلين ولا يقبل فيه شهادة النساء بحال، وهو كل ما لم يكن حالاً ولا المقصور منه المال، ويجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب كالنكاح والطلاق، والخلع، والرجعة، والقصاص، والقذف، والعتق والنسب، والكتابة، والتدبير، وعقد الوكالة والوصية، فلا يقبل في جميع ذلك شهادة النساء.

وبه قال مالك والأوزاعي والنخعي وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري: أقبل في جميع ذلك شهادة رجل وامرأتين إلا في القصاص والقذف استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شهيدين مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامرأتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان محمولاً على عمومه في كل حق إلا ما خصه دليل.

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح (٣/ ١٣٣٧)، كتاب الأقضية (٣٠)، باب القضاء باليمين والشاهد (٢)، والحديث رقم (٣/ ١٧١٢) بنحوه عن ابن عباس مرفوعاً.

قالوا: ولأنه حتى يثبت مع الشبهة، فجاز أن يثبت بشاهد وامرأتين كالأموال.

ودليلنا أن الله تعالى نص في الشهادة فيما سوى الأموال على الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع في الطلاق والرجعة والوصية، فقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقال في الوصية: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] فنص على شهادة الرجال، فلم يجز أن يقبل فيه شهادة النساء كالزنا.

فروى مالك عن عقيل عن ابن شهاب قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق[1].

وهذا وإن كان مرسلاً، فهو لازم لهم، لأن المراسيل حجة عندهم، ولأن كلما لم يكن المقصود منه المال إذا لم يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لم يقبلن فيه مع الرجال، كالقصاص.

وإن اعترضوا بالوكالة والوصية أن المال يتعلق بهما، فهلا جاز إثباتهما بشاهد وامرأتين؟

قيل: ليس في عقد الوكالة والوصية مال وإنما أريد بهما التصرف في المال، وإنما هي تولية أقيم الرجل فيها مقام غيره، ولأن الحقوق ضربان: حقوق الله تعالى، وحقوق الآدميين، فلما وقع الفرق في حقوق الله تعالى بين أعلاها وأدناها في العدد. فأعلاها الزنا، وأدناها الخمر، وجب أن يقع الفرق في حقوق الآدميين بين أعلاها وأدناها في الجنس فأعلاها، حقوق الأبدان، وأدناها، حقوق الأموال فأما الجواب عن الآية، فهو أنها نص في الأموال، فلم يصح استعمال العموم فيها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأموال، فهو أنه يصح الإبراء منها والإباحة لها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، واختلف الزوجان في الصداق مع اتفاقهما في النكاح سمع فيه شهادة رجل وامرأتين، ولو اختلفا في النكاح لم يسمع فيه إلا شهادة رجلين، لأن الصداق مال، والنكاح عقد، ويصح انفراد هذا به.

ولو ادعت الزوجة الخلع، وأنكر الزوج لم يسمع فيه إلا شهادة رجلين، ولو ادعاه الزوج، وأنكرته الزوجة سمع فيه شهادة رجل وامرأتين.

والفرق بينهما أن بينة الزوجة لإثبات الطلاق، وبينة الزوج لإثبات المال.

---

(١) أبو يوسف في الخراج (ص ١٦٤) عن الحجاج بن أرطاة، وحجاج ضعيف، ولا يصح عن مالك انظر التلخيص (٤/ ٢٠٧).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِنْ شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ لِرَجُلٍ بِمَالٍ حَلَفَ مَعَهُنَّ وَلَقَدْ خَالَفَهُ عَدَدٌ أَحْفَظُ ذَلِكَ عَنْهُمْ مِنْ أَهْلِ المَدِينَةِ وَهَذَا إِجَازَةُ النِّسَاءِ بِغَيْرِ رَجُلٍ فَيَلْزَمُهُ أَنْ يُجِيزَ أَرْبَعاً فَيُعْطِي بِهِنَّ حَقاً فَإِنْ قَالَ إِنَّهُمَا مَعَ يَمِينِ رَجُلٍ فَيَلْزَمُهُ أَنْ لاَ يُجِيزُهما مَع يَمِين امْرَأَةٍ وَالحُكْمُ فِيهِمَا وَاحِدٌ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَكَانَ القَتْلُ وَالجِرَاحُ وَشُرْبُ الخَمْرِ وَالقَذْفُ مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَدَدُ الشُّهُودِ فَكَانَ ذَلِكَ قِيَاساً عَلَى شَاهِدَي الطَّلاَقِ وَغَيْرِهِ مِمَّا وَصَفْتُ».

قال الماوردي: وهذا أراد به مالكاً لأنه يوافق على القضاء باليمين مع الشاهد في الأموال، وإن خالف فيه أبو حنيفة ثم تجاوز مالك، فقضى باليمين مع شهادة امرأتين وإن لم يره الشافعي استدلالاً بأن الله تعالى أقام شهادة امرأتين مقام شهادة رجل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ثم ثبت جواز القضاء بالشاهد واليمين، فكذلك بالمرأتين واليمين.

ولأن الله تعالى قال: ﴿إِنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرُ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] وفي قوله (فتذكر) قراءتان:

إحداهما: بالتشديد من النسيان.

والثانية: بالتخفيف أي: يكونان كالذكر، فيكون الاستدلال بهذه القراءة نصاً، وبالأولى تنبيهاً.

ودليلنا: هو أنَّ شهادة الرجلين أقوى من شهادة المرأتين، لأن شهادة الرجلين مقبولة في الحدود والأموال، وشهادة الرجل والمرأتين مردودة في الحدود، وإن قُبِلَتْ في الأموال، والحكم باليمين أضعف من الحكم بالبينة لتقدمها على اليمين، فحكمنا بشاهد ويمين لاجتماع قوي مع ضعيف كما حكمنا برجل وامرأتين، ولم نحكم بامرأتين ويمين لاجتماع ضعيف مع ضعيف، وكما لم نحكم في الأموال بأربع نسوة.

فإن قيل: فإنما أعطى مع يمين رجل.

قيل: فيلزمك أن لا تعطي مع يمين امرأة وأنت تسوي بينهما في اليمين وفي هذا انفصال عن استدلاله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: (قال) «وَلاَ يَحِلُّ حُكْمُ الحَاكِمِ الأُمُورَ عَمَّا هِيَ عَلَيْهِ أَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يَقْضِي بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ السَّرَائِرَ فَقَالَ: «مَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ بِشَيْءٍ فَلاَ يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا اقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» فَلَوْ

شَهِدَا بِزُورٍ أَنَّ رَجُلاً طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاَثاً فَفَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا كَانَتْ لَهُ حَلاَلاً غَيْرَ أَنَّا نَكْرَهُ أَنْ يَطَأَهَا فَيُحَدَّا وَيَلْزَمُ مَنْ زَعَمَ أَنَّ فُرْقَتَهُ فُرْقَةٌ تُحَرِّمُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ وَيَحِلُّ لأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ أَنْ يَتَزَوَّجُهَا فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يَقُولَ لَوْ شَهِدَا لَهُ بِزُورٍ أَنَّ هَذَا قَتَلَ ابْنَهُ عَمْداً فَأَبَاحَ لَهُ الحَاكِمُ دَمَهُ أَنْ يُرِيقَ دَمَهُ وَيَحِلُّ لَهُ فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حكم الحاكم لطالب حق بشهادة شاهدين فإن كانا صادقين كان حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن وإن كانا كاذبين كان حكمه نافذاً في الظاهر وباطلاً في الباطن، ولم يحل للمحكوم له فيما بينه وبين الله تعالى، أن يستبيح ما حكم به سواء كان مالاً أو فرجاً أو قتلاً، وهكذا لو طولب بمال يقبل فيه قوله مع يمينه كالودائع، والشرك، والمضاربات، فأحلفه الحاكم عند إنكاره وإن كان صادقاً برىء في الظاهر والباطن، وإن كان كاذباً برىء في الظاهر دون الباطن، ولم يستبح ما حلف عليه، ولا يحيل حكم الحاكم الأمور عما هي عليه في الباطن وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: ينفذ حكمه في الظاهر والباطن فيما تعلق بالفروج دون القتل والأموال حتى قال في شاهدين زور شهدا لرجل بنكاح امرأة حل له إصابتها وورثها: إن ماتت وإن علم كذب الشاهدين.

وقال: لو شهدا بزور على رجل بطلاق زوجته حل لها أن تتزوج غيره، وحل لكل واحد من شاهدي الزور أن يتزوجها إذا حكم الحاكم بشهادتهما، وقال في شاهدي زور شهدا لرجل أن هذه المرأة بنته ثبت نسبها ظاهراً وباطناً، وصار محرماً لها وورثها إن ماتت استدلالاً بما روي أن رجلاً ادعى نكاح امرأة عند علي بن أبي طالب عليه السلام فجحدته فشهد له بنكاحها شاهدان، فحكم بينهما بالزوجية، فقالت: يا أمير المؤمنين، والله ما تزوجني. فأعقد بيننا عقداً أحل به له فقال: شاهداك زَوَّجَاكِ.

أي: جعلاك زوجته.

قالوا: ولأن ما لزم به الحكم أنفذ في الظاهر والباطن كشاهدي الصدق.

قالوا: ولأنه حكم ينفذ مع ظهور الصدق، فجاز أن ينفذ مع ظهور الكذب كاللعان.

قالوا: ولأن حكم الحاكم إذا نفذ باجتهاده فيما اختلف فيه نفذ ظاهراً وباطناً، كتوريث الجد جميع المال مع الإخوة، وكانقطاع الفرقة فيمن قال لزوجته أنت على حرام، وجاز أن يستبيح المحكوم له بذلك، وإن اعتقد خلافه كذلك في المحكوم له بشهادة الزور، لنفوذ الحكم بهما في الحالين.

ودليلنا الكتاب والسنة والاعتبار.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ، لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٨] الآية.

وفي تفسير هذه الآية دلائل كالنصوص فقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: بالظلم.

والثاني: بالحرام.

ولا ينفك الحكم بشهادة الزور منها.

وفي قوله تعالى: ﴿وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ تأويلان:

أحدهما: وتترافعوا فيها إلى الحكام.

والثاني: وتحتجوا بها عند الحكام.

وهذه صفة المشهود له بالزور.

وفي قوله: ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ أي: أموال فريق من الناس.

﴿بالإثم﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: بشهادة الزور، وهذا نص.

والثاني: بالجحود، وهو في معنى النص.

وأما السنة فما رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، ولَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى غَيْرِهِ بِمَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»[1] وهذا نص، لأنه أخبر أنه يقضي بالظاهر، وأنه على حقيقته في الباطن لا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً.

وروى أبو معاوية عن الأعمش عن أبي صالح، عن أبي هريرة، قال: قتل رجل على عهد رسول الله ﷺ فرفع القاتل إلى رسول الله ﷺ فدفعه إلى وليِّ المقتول، فقال

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ١٧٨) حديث (٦٢٦)، وأحمد في مسنده (٦/ ٢٩٠) والطبراني في المعجم الكبير (١٠/ ١٦٧).

القاتل: يا رسول الله ﷺ ما أردتُ قَتْلَهُ قال: فقال رسول الله ﷺ للولي: «أَمَا إِنَّهُ إِنْ كانَ صَادِقاً فَقَتَلْتَهُ دَخَلْتَ النَّار» ... سَبِيْلَهُ فَخَرَجَ يَجُرُّ نسعته فسمي ذا النسعة[1].

فموضع الدليل منه أن النبي ﷺ بعد إذنه في قتله أخبر أنه كان صادقاً، فأحرم قتله، فدل على نفوذ الحكم في الظاهر دون الباطن

وأما الاعتبار فهو أن شهادة الزور أفسد من شهادة العبد والكافر، وحكم الأموال أخف من حكم الفروج، فلما لم ينفذ الحكم في الباطن بشهادة العبد والكافر كان أولى أن لا تنفذ في الفروج بشهادة الزور، ولما لم ينفذ بشهادة الزور في الأموال كان أولى أن لا تنفذ في الفروج، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن كل شهادة لا ينفذ بها حكم الباطن في الأموال لم ينفذ في الفروج قياساً على شهادة العبد والكافر.

والقياس الثاني: أن كل حكم لا ينفذ في الباطن بشهادة العبد والكافر لم ينفذ بشهادة الزور، بخلاف الحكم في الأموال.

فإن قالوا: الأموال لا مدخل للحكام في نقلها، ولهم مدخل في نقل الفروج بتزويج الأيامى، ووقوع الفرقة بالعنة والفسخ بالعيوب، فلذلك وقع الفرق بين الأموال والفروج.

والعبد والكافر ليس من أهل الشهادة، وشاهد الزور من أهل الشهادة، فلذلك وقع الفرق بينهما.

قيل: الجواب عن فرقة بين الأموال والفروج من وجهين:

أحدهما: أن له في نقل الأموال ولاية كالفروج: لأن له أن يبيع على الصغير ماله لحاجته وعلى المفلس ماله لحاجة غرمائه.

والثاني: ليس له ولاية في نقل الفروج، كما ليس له ولاية في نقل الأموال، لأنه لا يزوج، ولا يفسخ إلا باختيار، ولو ملك الولاية لنقلها بالاختيار.

وعن فرقه بين شهادة الزور وبين شهادة العبد والكافر جوابان:

أحدهما: أنه لما استويا في إبطال الحكم عند العلم بهما قبل الحكم وجب أن يستويا فيه عند العلم بهما بعد الحكم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٩) كتاب الديات باب الإمام يأمر بالعفو في الدم حديث (٤٤٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٩٧) كتاب الديات، باب العفو عن القاتل حديث (٢٦٩٠)، وأخرجه النسائي (٨/ ٢٤٤)، كتاب القضاة حديث (٥٤١٥)، باب إشارة الحاكم على الخصم بالعفو.

والثاني: أنه سمع شهادة الزور على أنها ليست بزور، كما يسمع شهادة العبد على أنه ليس بعبد، فلما كان خطؤه في العبد مبطلاً لحكمه في الحالين وجب أن يكون خطؤه في شهادة الزور مبطلاً لحكمه في الحالين، ولأنه يصير بشهادة الزور فاسقاً وحكمه بشهادة الفاسق مردود في الحالين نصاً، ورد شهادة العبد في الحالين اجتهاداً، ثم من الدليل على ذلك أن الحكم يبطل بفساد الشهادة كما يبطل إذا خالف باجتهاده نصاً، فلما كان فساده مخالفة النص يبطل ظاهراً وباطناً وجب أن يكون فساد بشهادة موجباً لإبطاله ظاهراً وباطناً.

فإن قيل: ما خالف النص لا يكون حكماً.

قيل: وكذلك ما أمضاه بشهادة الزور لا يكون حكماً، ولأنه حكم بشهادة زور، فوجب أن يكون باطلاً كالحكم بالقصاص.

فأما الجواب عن حديث علي عليه السلام من قوله: شاهداك زَوَّجَاك، فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه مجهول عند أصحاب الحديث، فكان أسوأ حالاً مما ضعف إسناده.

والثاني: أنه لم يعلم كذب الشهود، فلم يبطل شهادتهم، والخلاف إذا علمها.

والثالث: أنهم لا يحملونه على قوله: شاهداك زوجاك، لأنهم يجعلون الحاكم مزوجاً لها دون الشاهد، وقد كان شريح يقضي في أيام علي، فإذا حكم لرجل بشاهدين، قال له: يا هذا إن حكمي لا يبيح لك ما هو حرام عليك، ولو خالفه عليّ فيه لأنكره عليه.

وأما الجواب عن قياسهم على شهادة الصدق فهو استحالة الجمع بينهما بالقبول؛ لقبول الصدق ورد الكذب ونفوذ الحكم في الظاهر، لاستوائهما في الجهل بالكذب، ولو علم لما نفذ في الظاهر كما لم ينفذ في الباطن.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان، فمن وجهين:

أحدهما: أن الحكم لم ينفذ بالكذب، وإنما نفذ باللعان.

والثاني: أن اللعان استئناف فرقة والحكم بشهادة الزور، إنما هو تنفيذ لفرقة سابقة فإذا لم تكن لم يصح تنفيذ معدوم.

وأما الجواب عما استدلوا به من حكم الحاكم من مسائل الاجتهاد، فهو أن ليس في الباطن ما يخالف الظاهر، فلذلك نفذ حكمه في الظاهر والباطن، وخالف شهادة الزور التي تخالف الظاهر فيها الباطن، فلذلك نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن، وسنشرح من فروع هذا الأصل ما يستقر به حكمه.

فصل: فإذا تقرر بما ذكرنا أن حكم الحاكم في الظاهر لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن، وإذا كان كذلك انقسمت أحكامه ستة أقسام:

أحدها: أن يحكم بشهادة صدق أو يمين صدق فيما لا يختلف فيه مذاهب الفقهاء، فحكمه نافذ في الظاهر والباطن، وعلى المحكوم عليه أن يلتزمه فيما كان ظاهراً وباطناً، وللمحكوم له أن يستبيحه ظاهراً وباطناً.

والقسم الثاني: أن يحكم بشهادة زور أو يمين كاذبة فيما لا تختلف فيه مذاهب الفقهاء، كشاهدين زور شهدا لرجل بنكاح امرأة منكرة، فحكم له الحاكم بنكاحها، فهي حلال له في الظاهر وحرام عليه في الباطن، ولها أن تنكح غيره في الباطن، وليس لها نكاحه في الظاهر.

ولو طلق الرجل زوجته ثلاثاً، وأنكرها، وحاكمته فأحلفه الحاكم لها حلت له في الظاهر، وحرمت عليه في الباطن، وحل لها أن تتزوج غيره في الباطن، ومنعت من التزويج بغيره في الظاهر ثم على هذا.

والقسم الثالث: أن يحكم بما يخالف ظاهره لباطنه، ولا تنبرم علانيته بعد حكمه كرجل باع جارية على رجل وجحده المشتري، وحَاكَمَه، فأحلفه الحاكم أنه لم يشترها وعادت الجارية إلى بائعها، فالأولى للحاكم أن يحمل المشتري على الاستقالة، ويحمل البائع على الإقالة؛ لتحل لبائعها ظاهراً وباطناً فإن لم يفعل أو فعل، فلم يجب المشتري إلى الاستقالة ولا البائع إلى الإقالة، ففيها لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تعود إلى البائع ملكاً للمشتري ليبيعها، فيما يستحقه من ثمنها عليه، ولا يحل له وطؤها وما باعها به من زيادة في الثمن لزمه ردها، وما بقي له من ثمنها كان حقاً له عليه؛ لأن الباطن مخالف للظاهر.

والوجه الثاني: أن الجحود يجري مجرى الرد بالإقالة، فإن أراد البائع إعادتها إلى ملكه أظهر الإقالة، وحكم له بعد إظهارها، وإن لم يرد إعادتها إلى ملكه لم تحل له، وكانت في يده ليستوفي ببيعها ماله من ثمنها، وفي جواز تفرده ببيعها وجهان:

والوجه الثالث: أن الجحود يجري مجرى الفلس لتعذر الوصول إلى الثمن، فإن أراد أن يتملكها قال، قد اخترت عين مالي باسترجاعها، وفي جواز تفرده بهذا القول من غير حاكم وجهان، ثم هي حلال له وإن لم يرد أن يتملكها كانت في يده للمشتري يستوفي ثمنها من بيعها.

والقسم الرابع: أن يحكم بما اختلف الفقهاء فيه، فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يحكم بأقوى المذهبين أصلاً، فحكمه نافذ في الظاهر والباطن.

والضرب الثاني: أن يحكم بأضعف المذهبين أصلاً مما ينقضه عليه غيره من القضاة فحكمه باطل في الظاهر والباطن.

وهل يفتقر بطلانه إلى حكم حاكم له؟ على وجهين:

والضرب الثالث: أن يحكم فيما يحتمل كل واحد من المذهبين، ولا يجوز لغيره من القضاة أن ينقضه عليه، فحكمه نافذ في الظاهر والباطن، فإن كان المحكوم له وعليه من غير أهل الاجتهاد كان لازماً للمحكوم عليه ومباحاً للمحكوم له، وإن كانا من أهل الاجتهاد كان لازماً للمحكوم عليه، لأنه مخير في إباحته للمحكوم له إذا خالف معتقده وجهان:

أحدهما: يستبيحه لنفوذ الحكم به في الظاهر والباطن.

والثاني: لا يستبيحه في الباطن وإن استباحه في الظاهر لاعتقاده بحظره.

والقسم الخامس: الحكم في المناكح المختلف فيها كالنكاح بغير ولي، ونحوه، فللزوجين فيها حالتان:

إحداهما: في عقده.

والثاني: في حله.

فأما حال العقد، فللزوجين حالتان:

إحداهما: أن يكونا من أهل الاجتهاد، فيجوز لهما أن ينفردا بالعقد باجتهادهما من غير حكم حاكم، ولا استفتاء مجتهد، وإن كانا من غير أهل الاجتهاد، ففي جواز انفرادهما بالعقد من غير اجتهاد حاكم واستفتاء مجتهد وجهان:

أحدهما: يجوز ما لم يمنعهما ذو حكم لما في الاجتهاد من إباحته.

والوجه الثاني: لا يجوز ما لم يأذن لهما ذو حكم لما في الاجتهاد من حظره.

فأما حال الرفع والحل، فلهما حالتان:

إحداهما: أن يختلف الزوجان فيه فلا يرتفع، وينحل إلا بحكم حاكم.

والحال الثانية: أن يتفقا عليه من غير طلاق فلهما حالتان:

إحداهما: أن يكونا من غير أهل الاجتهاد، فلا يرتفع بأنفسهما، ونظر: فإن زوجهما حاكم لم يرتفع إلا بحكم حاكم وإن تزوجا باستفتاء ففيه مجتهد، ففيما يرتفع به وجهان:

أحدهما: يرتفع باستفتاء مجتهد اعتباراً بعقده.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: لا يرتفع إلا بحكم حاكم لتجاوزه إلى من يعقد النكاح من بعده.

والحال الثانية: أن يكون الزوجان من أهل الاجتهاد، ففيما يرتفع به العقد وجهان:

أحدهما: يرتفع باجتهادهما اعتباراً بعقده.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج لا يرتفع إلا بحكم حاكم، لتجاوزهما إلى من يعقد النكاح من بعده.

والقسم السادس: ما وقفت استباحته على حكم الحاكم كفسخ النكاح بعنة الزوج وإعساره بالنفقة، فلا يجوز فسخه بالعنة إلا أن يحكم الحاكم بتأجيل الزوج سنة، ثم يحكم بعنته بعد انقضائها، فإذا حكم بالعنة بعد انقضائها، ففي الفسخ وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه لا يقع الفسخ إلا بحكم الحاكم كما لم تثبت العنة إلا بحكمه.

والوجه الثاني: يجوز أن تنفرد الزوجة بالفسخ؛ لأن الفسخ بالعنة بعد ثبوتها متفق عليه، وهكذا الفسخ بإعسار الزوج بالنفقة لا يصح إلا أن يحكم الحاكم بجواز الفسخ، فإذا حكم به ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الفسخ إلا أن يتولاه الحاكم.

والوجه الثاني: يجوز أن تتولاه الزوجة.

فأما إذا أعتقت الزوجة تحت عبد، فلها أن تنفرد بفسخ النكاح، لأن فسخه بالعتق تحت عبد لا يفتقر إلى حكم، لانعقاد الإجماع عليه.

فأما عيوب الزوجين إذا أراد الزوج أن يفسخ بها إذا كانت الزوجة معيبة أو أرادت الزوجة أن تفسخ إذا كان الزوج معيباً، فإن كانت من العيوب المجمع عليها جاز أن ينفرد الزوجان بالفسخ بها، وإن كانت مختلفاً فيها لم يجز الفسخ بها إلا أن يحكم الحاكم بجواز الفسخ ثم على الوجهين:

أحدهما: لا يصح الفسخ حتى يتولاه الحاكم.

والثاني: يصح إذا تولاه مستحقه وهكذا رجوع البائع بعين ماله إذا أفلس

المشتري لا يصح إلا أن يحكم الحاكم بفلسه ثم يحكم بجواز الرجوع بالأعيان المبيعة، فإذا حكم في الفلس بجواز الرجوع ففيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به البائع إلا أن يحكم الحاكم برده عليه.

والوجه الثاني: يجوز أن يرجع به البائع إذا حكم له الحاكم بجواز الرجوع، وكذلك على قياس هذا فى نظائره، وبالله التوفيق.

بَابُ شَهَادَةِ النِّسَاءِ لَا رَجُلَ مَعَهُنَّ وَالرَّدُّ عَلَى مَنْ أَجَازَ شَهَادَةَ امْرَأَةٍ مِنْ هَذَا الكِتَابِ وَمِنْ كِتَابِ اخْتِلَافِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي حَنِيْفَةَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالوِلَادَة وَعُيُوبُ النِّسَاءِ مِمَّا لَمْ أَعْلَم فِيْهِ مُخَالِفاً فِي أَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيْهِ لَا رَجُلَ مَعَهُنَّ».

قال الماوردي: أما الولادة فلا اختلاف بين الفقهاء في أنه يجوز أن تقبل فيها شهادة النساء منفردات، وإنما اختلفوا في علة الجواز، فعند الشافعي أنه مما لا يحضره الرجال، وعند أبي حنيفة أنه مما لا يباشره إلا النساء.

وأما الشهادة فيما سوى ذلك من أحوال أبدانهن، فتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما اتفقوا على جواز شهادة النساء المنفردات فيه، وهو ما حرم على ذوي المحارم تعمد النظر إليه فيما بين السرة والركبة سواء كان في الفرج كالقرن، والرتق أو كان مما عداه من برص أو غيره، تعليلاً عند الشافعي بأنه لا يشاهده الرجال، وتعليلاً عند أبي حنيفة بأنه لا يباشره إلا النساء.

فإن قيل: فهي عورة من المرأة تحرم على الرجال والنساء، فلم جوزتم فيها شهادة النساء مع مشاركتهن للرجال في التحريم؟

قيل: لأنها في حقوق الرجال أغلظ تحريماً منها في حقوق النساء، لأن تحريمها في الرجال مختص بمعنيين:

أحدهما: ستر العورة.

والثاني: قطع الشهوة.

وتحريمها في النساء مختص بمعنى واحد، وهو ستر العورة فلما دعت الضرورة فيه إلى الشهادة أبيحت لأخف الجنسين حظراً.

والقسم الثاني: ما لا يقبل فيه إلا الرجال دون النساء، وهو ما لم يكن من عورات أبدانهن كالوجه والكفين، فلا يقبل في عيوبه إلا شهادة الرجال دون النساء إجماعاً، لخروجه عن العورة في حقوق الرجال والنساء، فلم تدع الضرورة إلى فيه انفراد النساء.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه، وهو فيما كان عورة مع الأجانب، ولم يكن عورة مع ذوي المحارم، كالذي علا عن السرة وانحدر عن الوجه والكفين، ومنه الرضاع من الثديين، فمذهب مالك أنه يجوز أن يقبل فيه شهادة النساء منفردات، لتحريمه على الأجانب وعند أبي حنيفة لا يقبل فيه شهادة النساء منفردات، لإباحته لذوي المحارم، وقد مضت هذه المسألة في الرضاع.

فصل: وكل ما جاز أن تقبل فيه شهادة النساء منفردات جاز أن يقبل فيه شهادة الرجال منفردين، وشهادة الرجال مع النساء إذا بقي الرجال في المشاهدة على عدالتهم، ولهم في مشاهدة الولادة والعيوب الباطنة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقولوا: حانت منا التفاته من غير تعمد، فرأينا فهم باقون على العدالة، ويجوز أن تقبل فيه شهادتهم، وكذلك في الزنا.

والحال الثانية: أن يقولوا: تعمدنا النظر لغير شهادة، فرأينا، فقد فسقوا بتعمد النظـر لغيره، فوجب أن لا تقبل شهادتهم، وكذلك في الزنا.

والحال الثالث: أن يقولوا: تعمدنا النظر لإقامة الشهادة، ففي فسقهم بهذا النظر ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه يحرم في الزنا، وغير الزنا؛ لأنه استباحة محظور لغير ضرورة، فيصيروا بهذا النظر فسقة، لا تقبل شهادتهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يحل في الزنا وغير الزنا؛ لأنه نظر لحفظ حق، فيكونوا على عدالتهم، وتقبل شهادتهم.

والوجه الثالث: أنه يحرم في غير الزنا، ويحل في الزنا، لأن الزاني هاتك لحرمته وغير الزاني حافظ لها، فيفسقوا بالنظر في غير الزنا، ولا تقبل فيه شهادتهم، ولا يفسقوا بالنظر في الزنا، وتقبل فيه شهادتهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** «وَاخْتَلَفُوا فِي عَدَدِهَا فَقَالَ عَطَاءٌ لاَ يَكُونُ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ لاَ رَجُلَ مَعَهُنَّ فِي أَمْرِ النِّسَاءِ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ عُدُولٍ (قال الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَبِهَذَا نَأْخُذُ وَلَمَّا ذَكَرَ اللَّهُ النِّسَاءَ فَجَعَلَ امْرَأَتَيْنِ يَقُومَانِ مَقَامَ رَجُلٍ فِي المَوْضِعِ الَّذِي أَجَازَهُمَا فِيْهِ دَلَّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ إِذْ أَجَازَ المُسْلِمُونَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ أَنْ لاَ يَجُوزَ مِنْهُنَّ إِلاَّ أَرْبَعٌ عُدُولٌ لأَنَّ ذَلِكَ مَعْنَى حُكْمِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَقُلْتُ لِمَنْ يُجِيزُ شَهَادَةَ امْرَأَةٍ فِي الوِلاَدَةِ كَمَا يُجِيزُ الخَبَرَ بِهَا لاَ مِنْ قِبَلِ الشَّهَادَةِ وَأَيْنَ الخَبَرُ مِنَ الشَّهَادَةِ أَتَقْبَلُ امْرَأَةً عَنِ امْرَأَةٍ أَنَّ امْرَأَةَ رَجُلٍ وَلَدَتْ هَذَا الوَلَدَ قَالَ لاَ قُلْتُ فَتَقْبَلُ فِي الخَبَرِ أَخْبَرَنَا

فُلَانٌ عَنْ فُلَانٍ؟ قَالَ: نَعَمْ قُلْتُ فَالْخَبَرُ هُوَ مَا اسْتَوَى فِيهِ المُخْبَرُ وَالمُخْبِرُ وَالعَامَّةُ مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ؟ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ وَالشَّهَادَةُ مَا كَانَ الشَّاهِدُ مِنْهُ خَلِيّاً وَالعَامَّةُ وَإِنَّمَا تَلْزَمُ المَشْهُودَ عَلَيْهِ؟ قَالَ نَعَمْ: قُلْتُ أَفَتَرَى هَذَا مُشْبِهاً لِهَذَا؟ قَالَ أَمَّا فِي هَذَا فَلَا».

قال الماوردي: وإذ قد مضى ما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، فقد اختلف الفقهاء في عدد المقبول منهن على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي، وبه قال عطاء أنه لا يقبل أقل من أربع نسوة.

والثاني: وهو مروي عن أنس ويحكى عن عثمان البَتِّيِّ أنه يقبل فيه ثلاثة نسوة، ولا يقبل أقل منهن.

والثالث: وهو مذهب مالك والثوري: أنه يقبل شهادة امرأتين.

والرابع: وهو مذهب الحسن البصري وبه قال ابن عباس يقبل في الولادة شهادة القابلة وحدها، ولا يقبل شهادة غير القابلة إلا مع غيرها.

والخامس: وهو مذهب أبي حنيفة يقبل فيه شهادة المرأة القابلة كانت أو غير قابلة إلا ولادة المطلقة، فلا يقبل فيه شهادة الواحدة، استدلالاً بما روى ابن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي ﷺ: «أجاز شهادة القابلة»[1] وبما روي عن علي عليه السلام: «أنه أجاز شهادتها»[2]، ولا مخالف له، فكان هذا نصاً وإجماعاً، ولأنها شهادة تتضمن معنى الخبر، فلما قبلت وحدها في الأخبار قبلت في هذه الشهادة، ولأنها حال يحتشم فيها من عدا القابلة، فجاز قبول شهادتها وحدها، اعتباراً بالضرورة.

ولأنه لما استوى رد الواحد ومن زاد عليها في الموضع الذي لا يقبلن فيه وجب أن تكون الواحدة مساوية لمن زاد عليها في الموضع الذي تقبل فيه.

وأما مالك فاستدل بأنهن لما قمن في انفرادهن بالقبول مقام الرجال، وجب أن يقمن في العدد مقام الرجال في القبول، وأكثر عدد الرجال اثنان، فاقتضى أن يكون أكثر عدد النساء اثنتين وأما البتي فاستدل بأن الله تعالى ضم شهادة المرأتين للرجل في الموضع الذي لا ينفردن فيه فوجب أن يستبدل الرجل بامرأة في الموضع الذي ينفردن فيه فيصيرون ثلاثاً.

ودليلنا على جميعهم أن شهادة النساء أنقص من شهادة الرجال من وجهين:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣/ ١٥١).

(٢) المصدر السابق.

أحدهما: أن الله تعالى أجاز شهادة امرأتين مقام شهادة رجل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والثاني: أنهن لا يقبلن في مواضع يقبل فيها شهادة الرجال، ويقبل الرجال في المواضع الذي يقبل فيها شهادة النساء، فلما لم يقبل شهادة الواحد من الرجال مع قوته، فأولى أن لا تقبل شهادة الواحدة من النساء مع ضعفها.

ولأنها شهادة ينفرد المشهود عليه بالتزامها، فوجب أن يفتقر إلى العدد كسائر الحقوق، وقد حكى المزني قول الشافعي: «والشهادة ما كان الشاهد منه خلياً». وفيه تأويلان:

أحدهما: أن يكون الشاهد خلياً من نفع يعود عليه بالشهادة، ليوضح به الفرق بين الشهادة والأخبار التي تقبل وإن عادت بنفع على المخبر.

والثاني: أن يكون خلياً أن يتعلق عليه بالشهادة حكم، فإن الوارثين إذا شهدا بدين على الميت كان ما عليهما منه واجباً بإقرارهما، وما على غيرهما منه واجباً بشهادتهما، ويدل على أبي حنيفة خاصة أنها شهادة على ولادة، فلم يقبل فيها شهادة واحدة كالشهادة على ولادة المطلقة.

فأما الجواب عن الحديث في شهادة القابلة مع ضعفه وأن المدائني تفرد بروايته، وهو ضعيف عند أصحاب الحديث، فلا دليل فيه، لأنه قبلها ولم ينفرد بقبولها وحدها، وتكون فائدة الحديث أنها وإن باشرت أحوال الولادة، فلا يمنع ذلك من قبول شهادتها، وكذلك المروي عن علي عليه السلام.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن فيها معنى الخبر فمن وجهين:

أحدهما: أنها لو جرت مجرى الخبر لقبل فيها شهادة العبد والأمة، كما يقبل غيرهما ولقبلت شهادة المرأة عن المرأة كما يقبل خبر المرأة عن المرأة، وقد قال الشافعي: «يقبل خبر المعنعن ولا تقبل شهادة المعنعن»، يعني فلاناً عن فلان عن فلان.

والثاني: أن الخبر يتساوى فيه المخبِرِ والمخبَر في الالتزام والانتفاع، ولا يتساوى الشاهد ومن شهد له وعليه.

وأما الجواب عن استدلالهم باحتشام من عدا القابلة فمن وجهين:

أحدهما: أن العرف جارٍ باجتماع النساء عند الولادة للتعاون وفضل المراعاة.

والثاني: أن هذا المعنى يقتضي أن لا تقبل شهادة غير القابلة وهو أن يكون

للحسن دليل وأما الجواب عن الاستدلال بالرد والإجازة فمن وجهين:

أحدهما: أنه اعتبار بالضد، لأنه اعتبر الإجازة بالرد، والرد ضد الإجازة والشيء إنما يعتبر بنظيره ولا يعتبر بضده.

والثاني: أنه لو جاز هذا الاعتبار لجاز أن يقال: لما رد بالفسق شهادة الواحد. والعدد وجب أن يقبل بالعدالة شهادة الواحد والعدد، وهذا غير جائز، فوجب أن يكون ما ذكروه أيضاً غير جائز.

فصل: فإن شهد الرجال فيما ينفرد فيه النساء قُبلوا، ولم يحكم بأقل من شاهدين لأن شهادة الرجال أقوى، فكانت بالقبول أولى، وإن شهدن مع الرجال جاز، وقُبِل فيه رجل وامرأتان وبالله التوفيق. . . .

بَابُ شَهَادَةِ القَاذِفِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَمَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنْ يُضْرَبَ القَاذِفُ ثَمَانِينَ وَلاَ تُقْبَلَ لَهُ شَهَادَةٌ أَبَداً وَسَمَّاهُ فَاسِقاً إِلاَّ أَنْ يَتُوبَ فَإِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهَادَتَهُ وَلاَ خِلاَفَ بَيْنَنَا فِي الجُزْمَيْنِ قَدِيماً وَحَدِيثاً فِي أَنَّهُ إِذَا تَابَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ».

قال الماوردي: اعلم أن للقاذف بالزنا حالتين:

إحداهما: ان تَحَقُّقَ قذفه في الأجنبي والأجنبية يكون بأحد أمرين: إما بإقرار المقذوف بالزنا وإما بقيام البينة عليه بفعل الزنا، وتحققه في الزوجة يكون مع هذين الأمرين بثالث وهو اللعان، فإذا حقق قذفه بما ذكرنا كان على حاله قبل القذف في عدالته وقبول شهادته، وأن لا حدّ عليه لقذفه.

والحال الثانية: أن لا يحقق قذفه ببينة ولا تصديق ولا لعان، فيتعلق بقذفه ثلاث أحكام:

أحدها: وجوب الحد ثمانين جلدة.

والثاني: فسقه المسقط لعدالته.

والثالث: أن لا يقبل له شهادة أبداً ما لم يتب، وهذه الأحكام الثلاثة مأخوذة نصاً من قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُوْنَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِيْنَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدَاً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] ويكون القذف هو الموجب لهذه الأحكام الثلاثة من الجلد، والفسق، ورد الشهادة.

قال أبو حنيفة: إن القذف موجب للجلد وحده، فأما الفسق ورد الشهادة فيتعلق بالجلد دون القذف، فيكون على عدالته، ويجوز أن تقبل شهادته ما لم يجلد، فإذا جلد فسق ولم تقبل شهادته أبداً استدلالاً بأنه قبل الجلد متعرض لتحقيق القذف وسقوط الجلد، فلم يستقر حكم القذف إلا بالجلد.

والدليل على فسقه، ورد شهادته بالقذف دون الجلد قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُوْنَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِيْنَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أبداً، وَأُوْلَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] فعلق على القذف ثلاثة أحكام الجلد، والفسق، ورد الشهادة، فلما تعلق الجلد بالقذف وجب أن يكون ما ضم إليه وقرن به متعلقاً بالقذف، ولأن الجلد تطهير وتكفير، لقول النبي ﷺ: «الحُدُودُ كُفَّارَاتٌ لأَهْلِهَا» فلم يجز أن يكون تكفير ذنبه موجباً لتغليظ حكمه.

ولأن فسقه ورد شهادته إنما يتعلق بفعله لا بفعل غيره، والقذف من فعله، والجلد من فعل غيره. ولأنه لما فسق بالسرقة دون القطع وبالزنا دون الحد وجب أن يكون القذف بمثابتهما، لأن الحدود موضوعة لاستيفاء الحقوق وبه يقع الانفصال عن استدلاله.

فصل: فإذا استقر بقذفه وجوب الأحكام الثلاثة، فإن من قذف لم يسقط عنه بالتوبة الجلد باتفاق، وزال فسقه باتفاق واختلف في قبول شهادته بعد التوبة، فذهب الشافعي في ذلك وفقهاء الحرمين إلى قبول شهادته قبل الجلد وبعده، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال الزهري والأوزاعي والشعبي، وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: لا أقبل شهادته بعد الجلد أبداً وبه قال شريح والحسن البصري والنخعي والثوري استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدَاً﴾، وما أَبَّدَ اللَّهُ حُكْمَهُ لم يَزَلِ.

وبرواية عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ وَلاَ مَحْدُودٍ فِي قَذْفٍ»(١).

قالوا: وهذا نص لا يرتفع بالتوبة، ولأن ما تعلق بالقذف من حقوق الآدميين لم يسقط بالتوبة كالجلد والشهادة من حقوق الآدميين. والدليل على قبول شهادته بعد التوبة قول الله تعالى: ﴿وَلاَ تُقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً﴾ [النور: ٤] ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ

---

(١) أخرجه الترمذي في السنن (٤/ ٥٤٥، كتاب الشهادات (٣٦)، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته (٢)، الحديث (٢٢٩٨)، وأخرجه الدارقطني في السنن (٤/ ٢٤٤)، كتاب الأقضية، وأخرجه أيضاً ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٧/ ٢٧١٤)، كلهم عن عائشة.

بَعْدِ ذَٰلِكَ وأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٥] والاستدلال بها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الاستثناء [بالتوبة][١] يرفع حكم ما تقدم، والاستثناء إذا انعطف على جملة عاد إلى جميعها، ولم يختص ببعضها، كقوله زينب طالق وسالم حر إن شاء الله يعود الاستثناء إليهما، ولا يختص بأقربهما، فلا تطلق زينب كما لم يعتق سالم.

والثاني: أن الجلد ورد الشهادة حكمان والفسق علة والاستثناء راجع إلى الحكم دون العلة.

كما لو قال: إنْ دخل زيد الدار وجلس، فأعطه درهماً، لأنه صديق، فدخل ولم يجلس فلم يستحق الدرهم، وكان على الصداقة، لأن الدرهم جزاء، والصداقة علة.

والثالث: أن الفسق إخبار عن ماض، ورد الشهادة حكم مستقبل والاستثناء يرجع إلى مستقبل الأحكام، ولا يرجع إلى ماضي الأخبار. واعترضوا على الاستدلال بهذه الآية من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لما لم يعد الاستثناء بالتوبة إلى الجلد منع من حمله على العموم، ودل على اختصاصه بأقرب مذكور، وهو الفسق دون رد الشهادة، وإن كان من مذهبهم أن الاستثناء يختص بأقرب مذكور عنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يعدل إلى الجلد لدليل خصه وهو أنه حق آدمي، فبقي ما عداه على حكم أصله.

والثاني: أن الفسق علة في رد الشهادة، وارتفاع العلة موجب لرفع حكمها، وليس الفسق علة في وجوب الحد. فلذلك ارتفع رد الشهادة، ولم يرتفع وجوب الحد.

والاعتراض الثاني: أن قالوا: فقوله ﴿إلا الَّذِيْنَ تَابُوا﴾ عائد إلى ما بعده من الكلام لا إلى ما قبله، لأنه قال: ﴿إِلاَّ الَّذِيْنَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٥] أي إلا الذين تابوا وأصلحوا فإن الله يغفر لهم، ويرحمهم فتعود التوبة إلى الغفران والرحمة، ولا تعود إلى الفسق ورد الشهادة لئلا يصير ما بعده من الكلام منقطعاً وعنه جوابان:

أحدهما: أن قوله: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ صفة لذاته لا تتعلق باستثناء ولا شرط.

---

(١) سقط في ب.

والثاني: أنه لما كان قوله في آية الحرابة: ﴿إلا الذين تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤] استثناء يعود إلى ما قبله، وإن كان ما بعده منقطعاً، لأنه صفة، كذلك صفة هذا في هذه الآية.

والاعتراض الثالث: أن قالوا: رد الشهادة حكم، والفسق تسمية والخطاب إذا اشتمل على حكم وتسمية وتعقبها استثناء يعود إلى التسمية دون الحكم، كقوله: أعط زيداً وعمراً الفاسق إلا أن يتوب يعني فإنه لا يكون فاسقاً، وعنه جوابان:

أحدهما: أن الفسق ورد الشهادة حكمان، فلم يسلم لهم ما ادعوا.

والثاني: أنه لو جاز الفرق بينهما، لكان عود الاستثناء بالتوبة إلى الحكم أولى من عوده إلى الاسم، لأن التوبة تغير الأحكام ولا تغير الأسماء، ثم تدل على المسألة بقول الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُوا عَنِ السَّيِّئَاتِ﴾ [الشورى: ٤٢] فأخبر أن التوبة توجب القبول، والعفو، وهم حملوها على القبول دون العفو، ولذلك قال لهم الشعبي: يقبل الله توبته ولا تقبلون شهادته؟

ثم يدل عليه من جهة السنة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «التَّوْبَةُ تَجُبُّ مَا قَبْلَهَا» أي تقطعه، وترفعه، فوجب حمله على العموم دون الخصوص.

ويدل عليه إجماع الصحابة وهو أن عمر بن الخطاب لما جلد أبا بكرة في شهادته على المغيرة بالزنا، قال له: تب أقبل شهادتك، فقال: لا أتوب، وكان هذا القول منه بمشهد من الصحابة؛ لأنها قصة اجتمعوا لها فما أنكر قوله أحد منهم، فدل على إجماعهم.

والدليل عليه من الاعتبار: أن الشهادة إذا ردت بفسق قبلت بزوال الفسق؛ قياساً على جميع ما يفسق به.

ولأن من قبلت شهادته بالتوبة قبل الحد قبلت بالتوبة بعد الحد قياساً على سائر الحدود.

ولأنه محدود في قذف، فوجب أن تقبل شهادته من بعد التوبة قياساً على الذمي إذا حد في قذف ثم أسلم.

ولأن فعل الزنا أغلظ من القذف بالزنا لتردد القذف بين الصدق والكذب، فلما قبلت شهادته بالتوبة من أغلظ الاثمين قبل الحد وبعده كان قبوله بالتوبة من أخفهما قبل الحدِّ وبعده أولى.

ولأنه لما عاد إلى العدالة في قبول روايته وجب أن يعود إليها في قبول شهادته،

وقد كان أبو بكرة على إصراره يستروي فيروي ويستشهد [فلا][1] يشهـد.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الله عز وجل جعل رد الشهادة مؤبداً، فهو مشروط الإطلاق بعدم التسوية ومستثنى التأييد بالتوبة.

وأما الجواب عن حديث عائشة رضي الله عنها فهو استعماله فيمن لم يتب أصلاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الشهادة من حقوق الآدميين، فهو أنها مشتركة بيـن حقـوق الله تعـالـى وحقـوق الآدمييـن لقـول الله تعـالـى: ﴿وَأَقِيمُـوا الشَّهَـادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢].

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالتَّوْبَةُ إِكْذَابُهُ نَفْسَهُ لأَنَّهُ أَذْنَبَ بِأَنْ نَطَقَ بِالقَذْفِ وَالتَّوْبَةُ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: القَذْفُ بَاطِلٌ كَمَا تَكُونَ الرِّدَّةُ بِالقَوْلِ، وَالتَّوْبَةُ عَنْهَا بِالقَوْلِ. فَإِنْ كَانَ عَدْلاً قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِلاَّ فَحَتَّى يَحْسُنُ حَالُهُ (قال الشَّافِعِيُّ) أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ قَالَ سَمِعْتُ الزُّهْرِيَّ يَقُولُ زَعَمَ أَهْلُ العِرَاقِ أَنَّ شَهَادَةَ القَاذِفِ لاَ تَجُوزُ فَأَشْهَدُ لأَخْبَرَنِي ثُمَّ سَمَّى الَّذِي أَخْبَرَهُ أَنَّ عُمَرَ قَالَ لأَبِي بَكْرَةَ تُبْ تُقْبَلْ شَهَادَتُكَ أَوْ قَالَ إِنْ تُبْتَ قُبِلَتْ شَهَادَتُكَ (قَالَ) وَبَلَغَنِي عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلُ مَعْنَى هَذَا وَقَالَ ابْنُ أَبِي نُجَيْحٍ كُلُّنَا نَقُولُهُ قُلْتُ مَنْ قَالَ؟ عَطَاءٌ وَطَاوُسٌ وَمُجَاهِدٌ وَقَالَ الشَّعْبِيُّ يَقْبَلُ اللَّهُ تَوْبَتَهُ وَلاَ تَقْبَلُونَ شَهَادَتَهُ؟ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَهُوَ قَبْلَ أَنْ يُحَدَّ شَرٌّ مِنْهُ حِينَ يُحَدُّ لأَنَّ الحُدُودَ كَفَّارَاتٌ لأَهْلِهَا فَكَيْفَ تَرُدُّونَهَا فِي أَحْسَنِ حَالاَتِهِ وَتَقْبَلُونَهَا فِي شَرِّ حَالاَتِهِ؟ وَإِذَا قَبِلْتُمْ تَوْبَةَ الكَافِرِ وَالقَاتِلِ عَمْداً كَيْفَ لاَ تَقْبَلُونَ تَوْبَةَ القَاذِفِ وَهُوَ أَيْسَرُ ذَنْباً؟».

قال الماوردي: اعلم أن القاذف إذا حقق قذفه بما قدمناه كان على عدالته وقبول شهادته، وإن لم يحققه تعلق به ما ذكرناه من الأحكام الثلاثة، وإن لم يتب من قذفه استقرت الأحكام فيه، وإن تاب ارتفع ما سوى الجلد، فلزم أن نذكر شروط التوبة، وشروطها يختلف باختلاف الذنب، وللذنب حالتان:

إحداهما: أن يتعلق به حق.

والثاني: أن لا يتعلق به حق، فإن لم يتعلق بالذنب حق سوى الإثم كمن قبّل أجنبية أو استمتع بما دون الفرج منها فمأثم هذا الذنب مختص بحق الله تعالى لا يتجاوزه إلى مخلوق، فالتوبة منه تكون بشرطين:

---

(١) سقط في آ.

أحدهما: الندم على ما فعل، والعزم على ترك مثله في المستقبل، فتصح توبته بهما، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَن يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ أُولَٰئِكَ جَزَاؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ﴾ [آل عمران: ١٣٥، ١٣٦] قوله ﴿فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ﴾ يريد به الندم، لأن ظهوره يكون بالاستغفار، وقوله: ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا على ما فعلوا وهم يعلمون﴾ هو العزم على تركه من بعد وقبل توبته بالاستغفار وترك الإصرار، لأنها توبة في الظاهر والباطن، وهي في الباطن الندم عليه والعزم على ترك مثله، فإن كان هذا الذنب باطناً أقنع فيه التوبة الباطنة، وإن كان ظاهراً أقنع فيما بينه وبين الله تعالى التوبة الباطنة، ولم يقنع فيما بينه وبين العباد إلا التوبة الظاهرة، فإن تجاوز مأثم هذا الذنب حق الله تعالى إلى أن أثم به في حقوق العباد وإن لم يتعلق به غرم ولا حد، كمن تعدى بضرب إنسان فآلمه احتاج مع التوبة في حق الله تعالى بالندم والعزم إلى استحلال المضروب باستطابة نفسه ليزول عنه الإثم في حقه، فإن أحله منه عفواً وإلا مكَّنه من نفسه ليقاتله على مثل فعله، وإن كان لا يجب عليه في الحكم قصاص ولا غرم، لأننا نعتبر في القصاص المماثلة، وهي هاهنا متعذرة، ويعتبر في التوبة الانقياد والطاعة، وهي هاهنا موجودة وروى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلاً يصلي مع النساء فضربه بالدرة، فقال الرجل: والله لئن كنت أحسنتُ لقد ظلمتني، وإن كنت أسأتُ فما أعلمتني، فقال عمر: أما شهدت عزمتي؟ قال: ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدرة، وقال: اقتص قال: لا أقتص اليوم، قال: فاعف قال: لا أعفو فافترقا على ذلك، ثم لقيه من الغد، فتغير لون عمر، فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك، قال: أجل قال: فأشهدك أني قد عفوت عنك.

فبذل له القصاص من الضرب وإن لم يجب ليزول عنه مأثم الخطأ في حقه، وإن كان الخطأ في حق الله عفواً، فإن قاد نفسه فلم يستوف منه صحت توبته، لأن عليه الانقياد، وليس عليه الاستيفاء.

فصل: وإن كان الذنب معصية يتعلق بها مع الإثم حق، فهي على ضربين فعل وقول، فأما الفعل فعلى ضربين:

أحدهما: ما كان الحق المتعلق به مختصاً بالآدميين كالغصوب والقتل، فصحة توبته منه معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: بالندم على فعله.

والثاني: بالعزم على ترك مثله.

والثالث: برد المغصوب أو بدله إن عدم على صاحبه، وتسليم نفسه إلى مستحق القصاص ليقتص أو يعفوا، فإن أعسر بالمال أنظر إلى ميسرته، والتوبة قد صحت، وهذه التوبة معتبرة في الظاهر والباطن، لأن الغصب ظاهر.

والضرب الثاني: ما كان الحق الّمتعلق به مختصاً بالله تعالى كالزنا، واللواط، وشرب الخمر فله في فعله حالتان:

إحداهما: أن يكون قد استتر بفعله، ولم يتظاهر به، فالأولى به أن يستره على نفسه ولا يظهره لقول النبي ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ أَقَمْنَا عَلَيْهِ حَدَّ اللَّهِ» وَكَانَتْ تَوْبَتُهُ معتبرة بشرطين:

أحدهما: الندم على فعله.

والثاني: العزم على ترك مثله، فإن أظهره لم يأثم بإظهاره لأن ماعزاً والغامدية اعترفا عند رسول الله ﷺ بالزنا فرجمهما، ولم ينكر عليهما اعترافهما.

وقال لهزال بن شرحبيل وقد أشار على ماعز بالاعتراف بالزنا. «هَلاَّ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يَا هَزَّالُ»، فإن أظهر ذلك قبل التوبة وجب الحد عليه، وكانت توبته معتبرة بثلاثة شروط: الندم على فعله، والعزم على ترك مثله، وتسليم نفسه للحد، فإن سلّمها، ولم يحد صحت توبته، وكان المأثم في ترك الحد على من يلزمه استيفاؤه من الإمام أو من ينوب عنه، فإن أظهر ذلك بعد توبته، فالتوبة صحيحة يسقط بها حدود الحرابة.

وفي سقوط ما عداها من حدود الله تعالى في الزنا والخمر وقطع السرقة قولان:

أحدهما: تسقط كالحرابة، فعلى هذا تكون صحة توبته معتبرة بشرطين الندم والعزم.

والثاني: لا تسقط فعلى هذا تكون صحة توبته معتبرة بعد الشرطين بثالث، وهو تسليم نفسه للحد، وهذا إذا تاب قبل ظهور حاله، ويعود بعد التوبة إلى حاله قبل المعصية.

فإن كان ممن يقبل شهادته قبل المعصية قُبِلَتْ بعد التوبة، وإن كان ممن لا تقبل قبل المعصية لم تقبل بعد التوبةَ ولا يتوقف عنه لاستبراء صلاحه، لأنه ما أظهر التوبة فيما كان مستوراً عليه إلا عن صلاح يُغْنِي عن استبراء الحال.

والحال الثانية: أن يكون قد تظاهر بالمعصية من الزنا واللواط وشرب الخمر، فعليه أن يتظاهر بالتوبة كما تظاهر بالمعصية، فإن ثبت الحد عليه عند مستوفيه لم يسقط عنه بالتوبة، ويعتبر صحة توبته بثلاثة شروط، الندم على فعله والعزم على ترك مثله، وأن يسلم نفسه لإقامة الحد عليه وإن تاب قبل ثبوت الحد عليه، ففي سقوطه

عنه بالتوبة قولان:

أحدهما: قد سقط عنه بالتوبة، فعلى هذا يعتبر في توبته شرطان الندم والعزم.

والقول الثاني: لا يسقط بالتوبة فعلى هذا يعتبر في توبته ثلاثة شروط الندم على ما فعل، والعزم على ترك مثله في المستقبل، والاعتراف به عند مستوفي الحد، ليقيمه عليه، فإذا استكملها صحت توبته في سقوط المأثم، وما تعلق بحقوق الله تعالى.

فأما ثبوت العدالة وقبول الشهادة فمعتبر بعد التوبة بصلاح حاله واستبراء أفعاله بزمان يختبر فيه، لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ صَالِحاً فَأُوْلَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً﴾ [الفرقان: ٢٥].

وصلاح حاله معتبر بزمان اختلف الفقهاء في حده، فاعتبره بعضهم بستة أشهر، واعتبره أصحابنا بسنة كاملة، لأن السنة في الشرع أصل معتبر في الزكاة والجزية وأجل العُنَّة، ولأنها تشتمل على الفصول الأربعة المهيجة للطباع، فإذا سلم فيها من ارتكاب ما كان تقدم عليه من المعاصي صحت عدالته، وقبلت شهادته، وفي اعتبار هذه السنة وجهان:

أحدهما: أنها معتبرة على وجه التحقيق.

والثاني: على وجه التقريب.

فصل: وأما المعصية بالقول فضربان:

أحدهما: ردة في الدين يتعلق بها حق الله تعالى.

والثاني: قذف بالزنا يتعلق به حق آدمي.

فأما الردة عن الإسلام فالتوبة عنها بعد الندم والعزم، يكون بما أسلم به الكافر من الشهادتين، والبراءة من كل دين خالف الإسلام؛ لأنه لما كانت معصيته بالقول كانت توبته بالقول، كما أن معصية الزنا لما كانت بالفعل كانت التوبة منها بالفعل، فإذا أتى المرتد بما يكون به تائباً عاد إلى حاله قبل ردته، فإن كان من لا تقبل شهادته قبل ردته لم تقبل بعد توبته حتى تظهر منه شروط العدالة، وإن كان ممن تقبل شهادته قبل الردة نظر في التوبة، فإن كانت عنه اتقاء منه للقتل لم تقبل شهادته بعد التوبة إلا أن تظهر منه شروط العدالة باستبراء حاله وصلاح عمله، وإن تاب من الردة عفواً غير متق بها القتل عاد بعد التوبة إلى عدالته.

وأما القذف بالزنا، وهو مسألة الكتاب، فلا يكون بعد الندم والعزم إلا بالقول، لأن معصية بالقول كالردة، فيعتبر في صحة توبته ثلاثة شروط:

أحدها: الندم على قذفه.

والثاني: العزم على ترك مثله.

والثالث: إكذاب نفسه على ما قاله الشافعي، فاختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه محمول على ظاهره، وهو أن يقول: وإني كاذب في قذفي له بالزنا، وقد روى عمر أن النبي ﷺ قال: «تَوْبَةُ القَاذِفِ إكذابه نفسه»[١].

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن إكذاب نفسه أن يقول قذفي له بالزنا كان باطلاً، ولا يقول: كنت كاذباً في قذفي لجواز أن يكون صادقاً، فيصير عاصياً بكذبه كما كان عاصياً بقذفه، وهل يحتاج أن يقول في التوبة: ولا أعود إلى مثله أو لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحتاج إليه، لأن العزم على ترك مثله يغني عنه.

والوجه الثاني: لا بد أن يقول لا أعود إلى مثله، لأن القول في هذه التوبة معتبر، والعزم ليس بقول، وإذا كانت التوبة من القذف معتبرة بهذه الشروط، فالقذف على ضربين: قذف نسب، وقذف شهادة.

وأما قذف النسب، فلا يخلو حال التائب من أن يكون قبل القذف من أهل الشهادة أو من غير أهلها، فإن كان من أهل الشهادة لم تقبل شهادته بعد التوبة إلا باستبراء حاله، وصلاح عمله لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٥] وإن كان قبل القذف عدلاً من أهل الشهادة، فهل يراعى في قبول شهادته بعد التوبة صلاح عمله أم لا على وجهين:

أحدهما: لا تقبل شهادته إلا بعد استبراء حاله وصلاح عمله لارتفاع ما تقدم من العدالة بما حدث من الفسق.

والوجه الثاني: تقبل شهادته، وتثبت عدالته بحدوث توبته لأنها رافعة لحكم فسقه.

وأما قذف الشهادة إذا لم يستكمل عدد الشهود، ففي وجوب حدهم قولان:

أحدهما: لا حد عليهم، فعلى هذا يكونون على عدالتهم، ولا يؤخذون بالتوبة، لأنهم قصدوا إقامة حد الله تعالى.

---

(١) وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/ ٣٠٤) قال: لم أره مرفوعاً، وفي البخاري معلقاً عن عمر أنه قال لأبي بكرة: تب تقبل شهادتك. اهـ.

والقول الثاني: الحد عليهم واجب لأن عمر رضي الله عنه حدّهم حين لم يكمل عددهم فعلى هذا يحكم بفسقهم، ويجب عليهم التوبة من فسقهم، ويعتبر في توبتهم من الشروط المتقدمة في قذف النسب أن يقول: قذفي باطل لا يحتاج إلى الندم، وترك العزم، لأنها شهادة في حق الله تعالى، ولا أن يقول: إني كاذب ولا يقول لا أعود إلى مثله لأنه لو كمل عدد الشهود لزمه أن يشهد، فإن تاب قبلت شهادته بعد توبته من غير استبراء لحاله، وصلاح عمله، لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكرة: تب أقبل شهادتك وما يجوز للإمام إذا حده أن يقول له مثل قول عمر لأبي بكرة تب أقبل شهادتك.

وقال مالك: لا أعرف لقوله ذلك وجهاً، وهذا رد منه على عمر في قول انتشر في الصحابة، فوافقوه عليه، وإن لم يتب من قذفه لم تقبل شهادته، وقبلت روايته لأن أبا بكرة لم يتب فقبلت روايته ولم تقبل شهادته.

والفرق بين الشهادة والرواية تغليظ الشهادة حين لم تقبل من واحد، وتخفيف الرواية حين قبلت من واحد.

فأما قذف النسب فلا يقبل من قاذفه قبل التوبة شهادة ولا تسمع له رواية: لأن الفسق بقذف النسب نص، وبقذف الشهادة اجتهاد، والله أعلم.

بَابُ التَّحَفُّظِ فِي الشَّهَادَةِ وَالعِلْمِ بِهَا

قَالَ الشَّافِعِيُّ قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالبَصَرَ وَالفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً﴾ وَقَالَ ﴿إِلاَّ مَنْ شَهِدَ بِالحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ قَالَ فَالعِلْمُ مِنْ ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ مِنْهَا مَا عَايَنَهُ فَيَشْهَدُ بِهِ وَمِنْهَا مَا تَظَاهَرَتْ بِهِ الأَخْبَارُ وَثَبَتَتْ مَعْرِفَتُهُ فِي القُلُوبِ فَيَشْهَدُ عَلَيْهِ وَمِنْهَا مَا أَثْبَتَهُ سَمْعاً مَعَ إِثْبَاتِ بَصَرٍ مِنَ المَشْهُودِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن الشهادة لا تصح لغلبة الظن حتى يتحقق العلم بها في حالة التحمل وحالة الأداء.

وقال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالبَصَرَ وَالفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً﴾ [الإسراء: ٣٦] فكان دليله أن يشهد بما علمه بسمعه وبصره وفؤاده، فالسمع للأصوات، والبصر للمرئيات، والفؤاد للمعلومات، فجمع في العلم به بين جميع أسبابه، ليخرج من غلبة الظن إلى حقيقة العلم، وقال تعالى: ﴿إِلاَّ مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] فشرط في الشهادة أن يكون بحق معلوم، فدل على أنها لا تجوز بحق غير معلوم، ولا أن يكون بمعلوم ليس بحق، وقال تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١] فأخبر أن الشهادة تكون بالعلم، فامتنع أن يشهد بغير علم، وقال تعالى: ﴿سَتُكْتَبُ شَهَادَتُهُمْ وَيُسْأَلُونَ﴾ [الزخرف: ٤٣] وهذا وعيد يوجب التحفظ في العاجل، والجزاء في الآجل.

وروى عطاء وطاوس عن ابن عباس قال: سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة فقال: «هَلْ تَرَى الشَّمْسَ؟ قال: نَعَمْ قَالَ: فَعَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ دَعْ»[1] ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة التي هي أقوى الحواس دركاً، وأثبتها علماً، فلم يجز أن يشهد إلا بأقوى أسباب العلم في التحمل والأداء.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء (٤/ ١٨) في ترجمة طاوس بن كيسان، وذكره صاحب كنز العمال (١٧٧٨٢).

فصل: فإذا تقرر هذا، فقد قال الشافعي: «فالعلم من ثلاثة أوجه: منها ما عاينه، فيشهد به ومنها ما تظاهرت به الأخبار، وثبتت معرفته في القلوب، فيشهد عليه، ومنها ما أثبته سمعاً مع إثبات بصرٍ من المشهود عليه»، فتنقسم الشهادات ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يصح أن يشهد به إلا أن يشاهده معاينة ببصره.

والثاني: ما يصح أن يشهد به إذا سمعه بالخبر الشائع.

والثالث: ما لا يصح أن يشهد به إلا بالمعاينة والسماع.

فأما القسم الأول: وهو ما لا يصح أن يشهد به إلا بالمشاهدة، ويبصره فالأفعال كالقتل، والسرقة، والغصب، والزنا، والرضاع، والولادة وشرب الخمر، وما كان في معناه من الأفعال المشاهدة، فلا يصح أن يشهد فيها إلا إذا شاهدها ببصره، لأنه قد يصل إلى العلم بها من أقصى جهاتها، وهي المشاهدة، فلا يصح أن يشهد فيها بالسماع والخبر وإن كان شائعاً مستفيضاً، لأن ما أمكن الوصول إلى علمه بالأقوى لم يجز أن يشهد به إذا علمه بما هو أضعف، بحمله على العلم به من أقصى جهاته المتمكنة.

وأما القسم الثاني: هو ما يجوز أن يشهد به إذا علمه بالسمع والخبر الشائع، فضربان: متفق عليه ومختلف فيه.

فأما المتفق عليه فثلاثة: النسب، والملك، والموت.

وأما المختلف فيه فثلاثة: الوقف، والولاء، والزوجية.

فصل: وأما النسب فيثبت بسماع الخبر الشائع الخارج إلى حد الاستفاضة في أوقات مختلفة وأحوال متباينة من مدح، وذم، وسخط، ورضى يسمع الناس فيها على اختلافهم، يقولون: هذا فلان ابن فلان فيخصونه بالنسب إلى أب أو يعمونه بنسب أعلى، فيقولون: هذا من بني هاشم أو من بني أمية، فيثبت نسبه في الخصوص، والعموم، بالخبر الشائع، وإن كان استدلالاً لا يقطع بمعين، لأن الأنساب تلحق بالاستدلال دون القطع، فجازرت لشهادة فيها بالاستدلال دون القطع، وأقل العدد في استفاضة هذا الخبر أن يبلغوا عدد التواتر، وقال أبو حامد الإسفراييني: أقله عدلان يذكران نسبه خَبَراً لا شَهَادَةً، فيشهد به السامع شهادة نفسه، ولا يشهد به عن شهادة غيره، وهذا وهم منه لأن قول الاثنين من أخبار الآحاد، وأخبار لا تبلغ حد الشائع المستفيض، فوجب أن يعتبر فيه العدد المقطوع بصدق مخبره، وهو عدد التواتر المنتفى عنه المواطأة والغلط.

فصل: وإذا قال رجل لرجل: أنا ابنك لم يخل حال المدعى عليه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقه، فيثبت نسبه بتصديقه، ويكون بثبوت النسب بينهما بالإقرار، وتكون الشهادة عليه كالشهادة على الإقرار، فلو تناكرا النسب بعد الاعتراف لم ينتف.

والحال الثانية: أن ينكره المدعى عليه، فلا يثبت نسب المدعي فلو عاد المنكر فاعترف بالنسب بعد إنكاره ثبت النسب، ولو عاد المدعي فأنكر بعد إقراره لم ينتف النسب، لأن الإقرار بعد الإنكار مقبول والإنكار بعد الإقرار مردود.

والحال الثالثة: أن يمسك المدعى عليه عن الإقرار والإنكار، فإن لم يشهد حال إمساكه بالرضا لم يثبت النسب، وإن شهدت حال إمساكه بالرضا، فقد قال أبو حامد الإسفراييني: يثبت النسب، لأن الرضا من شواهد الاعتراف، وهذا على الإطلاق ليس بصحيح،والحكم فيه أنه إن لم ينكر ذلك لم يكن اعترافاً بالنسب وإن تكرر وزال عنه شواهد الخوف والرجاء في أحوال مختلفة صار اعترافاً بالنسب، لأن أكثر الأنساب بمثله تثبت وهكذا لو ابتدأ أحدهما، فقال للآخر: أنا أبوك اعتبرت حال الابن بمثل ما اعتبرت به حال الأب، وكان الجواب فيهما سواء.

فصل: ولو شهد شاهدان أن فلان بن فلان هذا وَكَّلَ فلان بن فلان هذا، فقد اختلف هل تكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة بنسبهما، فذهب مالك إلى أن الشهادة مقصورة على الوكالة دون النسب اعتباراً بالمقصود فيهما، وعلى مذهب الشافعي تكون شهادة بالوكالة وبالنسب جميعاً، وإن كان المقصود بها الوكالة دون النسب، لأن الشهادة توجب إثبات ما تضمنها من مقصود وغير مقصود، كمن شهد بثمن في مبيع وصداق في نكاح كانت شهادة بالمبيع والنكاح، وإن قصد بها الثمن والصداق.

فصل: وأما الملك المطلق فيثبت بسماع الخبر الشائع المتظاهر بسمع الناس على اختلافهم يقولون: هذا الدار لفلان، وهذه الضيعة لفلان، وهذه الدابة لفلان، وهذا العبد لفلان، وهذا الثوب لفلان، ويتكرر ذلك منهم على مرور الزمان لا يرى فيهم منكر لذلك، ولا منازع فيه فتصح الشهادة بهذا الخبر المتظاهر بالملك دون سببه، لأن أسباب الملك كثيرة تختلف، فتكون تارة بالشراء، وتارة بالميراث، وأخرى بالهبة، وأخرى بالوصية، وأخرى بالإحياء وأخرى بالغنيمة فلما تنوعت أسبابه جاز إذا تظاهرت به الأخبار أن يشهد له بالملك المطلق دون سببه الذي صار به مالكاً، لأن السبب يعلم بالمشاهدة فلم يجز أن يعمل فيه على الخبر المتظاهر، وإن جاز أن يشهد بالملك المتظاهر إلا أن يكون سبب ملكه الميراث، فيجوز أن يشهد فيه بالخبر

المتظاهر، لأن الميراث مستحق بالموت والنسب، وكل واحد منهما يثبت بالخبر المتظاهر، ولا يجوز فيما عداه من الأسباب كالشراء والهبة، والإحياء، لأنها تعلم بالمشاهدة، واختلف أصحابنا مع تظاهر الخبر بملكه، هل يصح أن يشهد به من غير أن يراه متصرفاً فيه على وجهين:

أحدهما: لا يصح حتى يشاهد تصرفه فيه، فيجمع الشاهد في العلم به بين السماع والمشاهدة ليصل إليه من أقصى جهاته الممكنة.

والوجه الثاني: وهو قول أكثرهم يجوز أن يشهد بسماع الخبر المتظاهر، وإن لم يشاهد التصرف، لأن الخبر المتظاهر أنفى للاحتمال من التصرف الذي قد يجوز أن يكون بملك وغير ملك، وأصل الخبر المتظاهر فيه أن يكون من العدد المعتبر في التواتر، ووهم أبو حامد فاعتبره بشاهدين على ما ذكرناه.

فصل: وأما مشاهدة التصرف في الملك من غير أن ينتشر به الخبر المتظاهر فيجوز أن يشهد للمتصرف فيه باليد، ليحكم بها عند منازعته فيه.

فأما إن أراد أن يشهد له بملك عند مشاهدة التصرف، فقد جوزه أبو حنيفة في قليل التصرف وكثيره، لأنه لما جاز أن يشهد على بيعه لما في يده جاز أن يشهد له بملكه، وهو على مذهب الشافعي معتبر بالتصرف وإن قل زمانه، لم يجز أن يشهد له بالملك لأمرين:

أحدهما: أنه قد يتصرف تارة بالملك، وتارة بإجارة ووكالة، واستعارة، فلم يتعين الملك بالتصرف.

والثاني: أنه لو دلت اليد والتصرف على الملك لما جاز للمدعي عند الحاكم أن يدعي داراً في يد رجل، لأنه يصير مقراً له بملكها، وفي جواز ادعائها بعد ذكر يده دليل على أن اليد غير موجبة للملك، ولا يمنع صاحب اليد من البيع، لأنه قد يبيع بالملك تارة، وبالوكالة أخرى.

فأما إذا طال زمان تصرفه حتى استمر، وكان تصرفه في العين كالتصرف بالسكنى، والإجارة، والهدم، والبناء، فقد اختلف أصحابنا هل يصح الشهادة له بالملك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا تصح له الشهادة بالملك لما قدمناه من تعليل الأمرين المتقدمين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وأبي سعيد الإصطخري يصح أن يشهد له بالملك لأمرين:

أحدهما: أن أحكام الملك من شواهد الملك.

والثاني: أن إطلاق التصرف في العرف من دلائل الملك، والأول أشبه.

فصل: وأما الموت فيثبت بسماع الخبر المتظاهر بأن فلاناً مات، وكذلك إذا رأى الجنازة على بابه، والصراخ في داره، وقيل: قد مات، ويكون العدد في الخبر المتظاهر بموته أعداد التواتر، ووهم أبو حامد الإسفراييني فاعتبره بشاهدين، وإن شاهد الجنازة وسمع الصراخ ولم يذكر له موته لم يجز أن يشهد به لجواز أن يكون الميت غيره، فإن ذكر له موته كان الخبر المعتبر فيه غير معتبر بالتواتر، لأنه قد اقترن به من شواهد الحال ما يقوم مقام التواتر، وإنما جاز أن يشهد بالموت بالخبر المتظاهر لتنوع أسبابه فجاز أن يعدل في الشهادة بإطلاقه على الخبر المتظاهر، فإن أراد أن يعزيه إلى أحد أسبابه لم يجز إلا بالمشاهدة، كما لا يعتبر سبب الملك إلا بالمشاهدة.

فصل: وأما الوقف في تظاهر الخبر به إذا سمع على مرور الأوقات، فلا يثبت وقفه بسماع الخبر المتظاهر، لأنه عن لفظ يفتقر إلى سماعه من عاقده، فلم يجز أن يعمل فيه على تظاهر الخبر به فأما ثبوته وقفاً مطلقاً والشهادة على أن هذا وَقْفُ آلِ فلان أوْ هذا وقف على الفقراء والمساكين، فقد اختلف أصحابنا في ثبوته وجواز الشهادة به عند سماع الخبر المتظاهر به على وجهين:

أحدهما: لا يصح لأنه عين عقد يفتقر إلى سماع ومشاهدة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، يصح لأنه قد يتقادم عهده بموت شهوده، فلو لم يعمل فيه على الخبر المتظاهر لأفضى إلى دراسته وتعطيل سبله، فاقتضى جوازه العرفُ والضرورةُ.

فصل: وأما الولاء فهو مستحق عن العتق وثبوت العتق بتظاهر الخبر لا يصح أن يضاف إلى لفظ معتقه، ويشهد بسبب عتقه، وفي جواز الشهادة بأنه قد عتق من غير ذكر السبب في عتقه لتظاهر الخبر به وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه عن لفظ مسموع.

والثاني: يجوز لأمرين:

أحدهما: أنه قد يكون عن أسباب مختلفة، فجرى مجرى الشهادة بالملك.

والثاني: أنه قد يتقادم عهده فتحفظ حريته.

فأما الولاء المستحق بالعتق إذا تظاهر الخبر بأن هذا مولى فلان أو مولى آل فلان، فمن أصحابنا من خرج جواز الشهادة به على وجهين، كالعتق لحدوثه عنه،

ومنهم من جوزه وجهاً واحداً؛ لأن الولاء كالنسب الثابت يتظاهر الخبر لقول النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ».

فصل: وأما الزوجية فلا يثبت عقد نكاحها والشهادة به بالخبر المتظاهر، لأنه من العقود المفتقرة إلى سماع اللفظ ومشاهدة العاقد.

فأما الشهادة بأن هذه المرأة زوجة فلان بالخبر المتظاهر، ففيه وجهان كالوقف والعتق:

أحدهما: لا يجوز، لأنه عن عقد.

والثاني: يجوز لأنه قد يتقادم عهده، فعلى هل يحتاج في جواز الشهادة بها أن يرى الزوج داخلاً عليها وخارجاً من عندها على وجهين كالتصرف في الملك مع تظاهر الخبر به.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو ما لا يصح أن يشهد به إلا قطعاً بالسماع والمعاينة إذا اجتمعا فيه ليصل إلى العلم به من أقصى جهاته الممكنة، وهو العقود من المناكح، والبيوع، والإجارات المفتقرة إلى مشاهدة المتعاقدين وسماع لفظهما بالعقد بذلاً وقبولاً، وكذلك الإقرار والطلاق المفتقر إلى مشاهدة المقر والمطلق، وسماع لفظهما بالإقرار والطلاق، فلا تصح الشهادة فيهما بالأخبار المتظاهرة، لأن ما أمكن إدراكه بعلم الحواس لم يجز أن يعمل فيه بالاستدلال المفضي إلى غالب الظن، وهكذا لا يصح أن يشهد فيه بالمشاهدة دون السماع، ولا بالسماع دون المشاهدة لجواز اشتباه الأصوات.

فلو سمع الشاهدان لفظ المتعاقدين من وراء حائل، وعرفا صوتهما لم تصح الشهادة به لأنه قد يحاكي الإنسان صوت غيره، فيتشبه به فإن كان الحائل ثوباً نظر، فإن كان صفيقاً يمنع من تحقيق النظر منع من الشهادة وإن كان خفيفاً يشف، ففي جواز الشهادة وجهان:

أحدهما: تجوز لأنه لا يمنع من يشاهده ما وراءه.

والوجه الثاني: لا تجوز لأن الاشتباه معه يجوز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَبِذَلِكَ قُلْنَا. لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ أَعْمَى لأَنَّ الصَّوْتَ يُشْبِهُ الصَّوْتَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَثْبَتَ شَيْئاً يُعَايِنُهُ وَسَمْعاً وَنَسَباً ثُمَّ عَمِيَ فَيَجُوزُ وَلاَ عِلَّةَ فِي رَدِّهِ (قَالَ) وَالشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكِ الرَّجُلِ الدَّارَ وَالثَّوْبَ عَلَى ظَاهِرِ الأَخْبَارِ بِأَنَّهُ مَالِكٌ وَلاَ يُرَى مُنَازِعاً فِي ذَلِكَ فَتَثْبُتُ مَعْرِفَتُهُ فِي الْقَلْبِ فَتَسَعُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ وَعَلَى

النَّسَبِ إِذَا سَمِعَهُ يَنْسِبُهُ زَمَانَاً وَسَمِعَ غَيْرُهُ يَنْسِبُهُ إِلَى نَسَبِهِ وَلَمْ يَسْمَعْ دَافِعَاً وَلاَ دَلاَلَةَ يَرْتَابُ بِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وشهادة الأعمى يختلف قبولها باختلاف ما رتَّبْنَاهُ من أقسام الشهادات الثلاثة مما كان طريق العلم به المعاينة بالبصر كالأفعال.

فشهادة الأعمى مردودة بإجماع لفقد آلته بذهاب بصره فيما يصير عالماً به، وما كان طريق العلم به السماع كالأنساب، والأملاك، والموت، فشهادة الأعمى مقبولة فيه لمساواته للبصير في إدراكها بالسمع المتكافئتان فيه.

ولو تحمل الشهادة على الأفعال، وهو بصير ثم عمي قبلت شهادته، وعند أبي حنيفة أنها مردودة فيما يدرك بالسمع، كردّها فيما يدرك بالبصر وأجرى العمى مجرى الفسق حين قال لو سمع الحاكم شهادته، وهو بصير فلم يحكم بها حتى عمي لم يجز أن يحكم بها بعد عماه، كما لم يجز أن يحكم بشهادة من حدث فسقه بعد الشهادة وقبل الحكم، وبه قال محمد بن الحسن، وخالفهما بالمصير إلى قولنا أبو يوسف، واستدل بأن الكمال معتبر في الشهادة كاعتباره في ولاية الإمامة، والقضاء لاعتبار الحرية والعدالة في جميعهما، فلا يجوز فيهما تقليد عبد، ولا فاسق، ولا أعمى، فوجب إذا ردّ في الشهادة العبد والفاسق أن يرد فيها شهادة الأعمى، قالوا: ولأن من لم تقبل شهادته في الأفعال لم تقبل في الأقوال، كالعبد والفاسق.

ودليلنا هو أن ما أدرك بالسماع استوى فيه الأعمى والبصير كما أن ما أدرك بالبصر استوى فيه الأصم والسميع لاختصاص العلم بجارحته المحسوس بها، ولأنه فَقْدُ عضو لا يدرك به الشهادة، فلم يعتبر في صحتها مع إمكان إدراكها كقطع اليد.

ولأن الشهادة على الإنسان لا تؤثر فيها، فقد رؤية المشهود عليه كالشهادة على ميت أو غائب، والدليل على أن حدوث العمى بعد صحة الأداء لا يمنع من إمضاء الحكم بها أن الموت المبطل لحاسة البصر، وجميع الحواس إذا لم يمنع من إمضاء الحكم بالشهادة فذهابُ البصر مع بقاء غيره من الحواس أولى أن لا يمنع من إمضاء الحكم بالشهادة، ولأنه لما جاز للأصم أن يشهد بما اختص بالمعاينة، وإن فقد حاسة السمع جاز للأعمى أن يشهد بما اختص بالسماع، وإن فَقَد حاسة البصر، لاختصاص الاعتبار بالحاسة المُدْرِكة، واعتبار الشهادة بالولاية يبطل فالمرأة تجوز شهادتها، وإن لم تصح ولايتها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأفعال فهو أنَّ ما أُدْرِكت به الأفعالُ مفقودٌ في الأعمى، وما أدركت به الأقوال موجودٌ فيه فافترقا.

فصل: فأما شهادة الأعمى فيما يدرك بالسمع والبصر من العقود والإقرار، فمردودةٌ عندنا وغير مقبولة، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب عليه السلام، ومن التابعين الحسن البصري، وسعيد بن جبير، والنَّخَعِيُّ، ومن الفقهاء سفيان الثوري، وأبو حنيفة وصاحباه وسوار بن عبد الله القاضي من فقهاء البصرة، وأكثر فقهاء الكوفة.

وقال مالك: تقبل فيه شهادة الأعمى إذا عرف المشهود عليه بصوته الذي عرفه به على قديم الوقت وحديثه، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس، ومن التابعين شريح وعطاء، والزهري، ومن الفقهاء الليث بن سعد وابن أبي ليلى، وداود، وابن جرير الطبري، وحكي ذلك عن المزني، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان على عمومه في البصير والأعمى، ولأن نبيَّ الله شُعَيْباً قد كان أعمى، وقد نبه عليه قوله تعالى ﴿وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفاً﴾ [هود: ٩١] أي ضريراً، ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾ [هود: ٩١] أي قومك وقال بعضهم أي: شيبتك البيضاء، لأنه قد يحتشم لأجل الشيبة كما يحتشم لأجل رهطه، فلما لم يمنع العمى من الشهادة على الله تعالى بالنبوة، فأولى أن لا يمنع من الشهادة على المخلوقين بالأموال.

ولأن من صح أن يتحمل الشهادة في الأنساب والأملاك صح أن يتحملها في العقود والإقرار، كالبصير.

ولأن الشهادة إذا افتقرت إلى حاسة لم يعتبر فيها حاسة أخرى، لأن الأفعال لما افتقر فيها إلى البصر لم يعتبر فيها السماع، والأنساب لما افتقرت إلى السماع لم يعتبر فيها البصر، فوجب إذا افتقرت العقود إلى السماع أن لا يعتبر فيها المشاهدة، لأن أصول الشهادة تمنع من الجمع بين حاستين ولأن الصور تختلف والأصوات تختلف، فلما لم يمنع اختلاف الصور من الشهادة لم يمنع اختلاف الأصوات من الشهادة بها.

ولأن الصوت يدل على معرفة المصوت كما يستدل الأعمى بصوت زوجته على إباحة الاستمتاع بها، وكما يستدل بصوت المحدث على سماع الحديث منه وروايته عنه، كذلك يستدل بصوت العاقد والمقر على جواز الشهادة عليهما وقد سمعت الصحابة الحديث من أزواج رسول الله ﷺ وهن من وراء حجاب، ولم تكن المشاهدة مع معرفة الصوت معتبرة.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَمَا يَسْتَوِي الْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ﴾ [فاطر: ٣٥] فكان على عمومه إلا ما خصه دليل وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً﴾ [الإسراء: ٣٦] فجمع في العلم بين السمع

والبصر في الإدراك، وضم الفؤاد إليها في الإثبات، فدل على استقرار العلم بجميعها فيما أدرك إثباته بها، فاقتضى أن لا يستقر ببعضها، لأنه يصير ظناً في محل اليقين، ولأن شهادة البصير في الظلمة، ومن وراء حائل أثبت من شهادة الأعمى، لأنه قد يتخيل من الأشخاص ببصره ما يعجز عنه الأعمى، ثم لم تمض شهادة البصير في هذه الحال فأولى أن لا تمضي شهادة الأعمى المقصر عن هذه الحال.

ولأن الشهادة على العقد إذا عريت عن رؤية العاقد لم تصح كالشهادة بالاستفاضة، ولأن من لم تصح منه الشهادة على الأفعال لم تصح الشهادة على العقود كالأخرس طرداً والبصير عكساً.

ولأن الصوت يدل على المصوت كما يدل اللمس على الملموس، فلما امتنعت الشهادة باللمس لاشتباه الملموس امتنعت بالصوت لاشتباه الأصوات.

وأما الاستدلال بعموم الآية فمخصوص بأدلتنا.

وأما الاستدلال بأنه لما لم يمنع من النبوة لم يمنع من الشهادة فقد اختلف في عمى شعيب، فأنكره بعضهم، واعترف آخرون بحدوثه بعد الرسالة وسلم آخرون وجوده قبل أداء الرسالة، وفرقوا بين النبوة والشهادة من وجهين:

أحدهما: أن إعجاز النبوة يوجب القطع بصحة شهادته، وليس كذلك في غيره.

والثاني: أن في النبوة شهادة على مغيب فاستوى فيها الأعمى والبصير، فخالف من عداه في الشهادة على مشاهد.

وأما الجواب عن جمعهم بين الأنساب والعقود، فهو أن الأنساب لا تعلم قطعاً، فجاز أن تعلم بالاستدلال، والعقود يمكن أن تعلم قطعاً، فلم يجز أن تعلم بالاستدلال كالأفعال.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما أدرك بحاسة البصر لم يعتبر فيه غيرها، فهو أن ما أدرك بأحدهما كان هذا حكمه، وما أدرك بالحاستين اعتبرناهما فيه، والعقود تدرك بهما فوجب أن يعتبرا فيها.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الصور تختلف كالأصوات فمن وجهين:

أحدهما: أن الصور تشتبه في المبادىء ثم تتحقق في الغايات، والأصوات تشتبه في المبادىء والغايات.

والثاني: أن المصوت قد يحكي صوت غيره فيشتبه، وفي الصور لا يمكن أن يحكي صورة غيره فلم يشتبه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الصوت يدل على المصوت كما يستدل الأعمى بصوت زوجته عليها، فهو أن الاستمتاع بالأزواج لخصوص الاستحقاق أوسع حكماً من الشهادة، لجواز الاستدلال عليها باللمس، فجاز الاستدلال عليها بالصوت، ويجوز أن يعتمد في الاستمتاع بالمزفوفة إليه على خبر ناقلها إليه، وإن كان واحداً، وذلك ممتنع في الشهادة، وكذا الأخبار ينقلها الواحد عن الواحد، ويقبل خبر المرأة الواحدة عن المرأة الواحدة وإن لم يقبل شهادة الواحدة عن الواحدة فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من الخلاف في شهادة الأعمى، فسنذكر شرح مذهبنا في شهادتهم، فإذا تحمل الشهادة، وهو بصير ثم أداها وهو أعمى لم يخل المشهود عليه أن يكون معيناً بالإشارة أو يكون معيناً بالنسب المعزى إليه، فإن كان معيناً بالإشارة إلى جسمه دون اسمه، ونسبه لم يصح منه أداء الشهادة عليه، وإن صح التحمل عنه لأنه يعد العمى لا يثبت الشخص المشار إليه كما لا تصح الشهادة عليه إذا كان غائباً للجهالة بعينه، وإن تعين باسمه ونسبه صح من الأعمى أداء الشهادة عليه كما تصح الشهادة عليه مع غيبته بعد موته، لأنه يتعين بالاسم والنسب، كما يتعين بالإشارة وهكذا لو تحمل الشهادة عنه وهو بصير، ويده في يده ثم عمي، فشهد عليه قبل تخليته من يده صحت شهادته عليه، وإن كان معيناً بالإشارة لمعرفته قبل مفارقته، فصح منه التحمل والأداء مع وجود العمى في الحالين، وهكذا شهادته على المضبوط، وهو أن يدنى رجل فمه من أذنه ويقر عنده فيضبطه، ويشهد عليه بإقراره صحت شهادته، وإن وجد العمى في حالتي التحمل والأداء لقطعه بالشهادة عليه.

وتصح شهادة الأعمى بالترجمة عند الحكام لأنه يشهد بتفسير الكلام المسموع.

ويقبل شهادة الأعمى بالنسب إذا تظاهرت به الأخبار المدركة بالسمع الذي يشترك فيه الأعمى والبصير، وكذلك تقبل شهادته بالموت إذا تظاهرت به الأخبار.

فأما شهادته بالملك بالخبر المتظاهر فإن لم يعتبر مشاهدة التصرف في صحة الشهادة قبلت فيه شهادة الأعمى لاعتبار السمع وحده فيه، وإن اعتبر مع استفاضة الخبر مشاهدة التصرف لم تقبل شهادة الأعمى فيه لفقد البصر المعتبر في وجود التصرف، وهكذا إذا قُبِلَتْ الشهادة بالزوجية بتظاهر الأخبار قبلت شهادة الأعمى بها، إذا لم تُجعل مشاهدة الدخول والخروج شرطاً فيها وردّت إن جعل شرطاً.

فهذا ما يقبل فيه شهادة الأعمى، ولا يقبل فيما عداه من الأفعال والعقود.

فصل: فأما الأخرس فيصح منه تحمل الشهادة، ولا يصح منه الأداء على مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وقال مالك يصح منه الأداء كما يصح منه التحمل، وبه قال أبو العباس بن سريج، وهذا فاسد، لأن النطق معتبر في الأداء وغير معتبر في التحمل.

فإن قيل: فإذا صح منه النكاح، والطلاق، والإقرار، وأقيمت إشارته فيه مقام النطق.

قيل: هذا الجمع ليس بلازم لوجود الضرورة فيما يخصه من العقود التي جعل إشارته كنطقه فيها وعدم الضرورة في الشهادة التي تتعداه إلى غيره، أن تجعل إشارته فيها كنطقه لإمكان وجود النطق بها من غيره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنهُ: «وَكَذَلِكَ يَشْهَدُ عَلَى عَيْنِ المَرْأَةِ وَنَسبها إِذَا تَظَاهَرَتْ لَهُ الأَخْبَارُ مِمَّنْ يُصَدِّقُ بِأَنَّهَا فُلاَنَةٌ وَرَآهَا مَرَّةً وَهَذَا كُلُّهُ شَهَادَةٌ بِعِلْمٍ كَمَا وَصَفْنَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أراد أن يشهد بنسب امرأة كانت الشهادة أغلظ منها في نسب الرجل، لبروز الرجل وخفر المرأة وإباحة النظر إلى الرجل، وتحريمه في المرأة، فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج في العلم بنسبها إلى أمرين:

أحدهما: معرفة عينها بالمشاهدة على وجه مباح، وقد يكون ذلك من أحد وجوهٍ: منها أن يراها في صغرها، وقبل بلوغها في حالة لا يحرم النظر إليها، فيثبت معرفة عينها في الصغر حتى لم تَخْفَ عليه في الكبر.

ومنها أن تكون من ذوي محارم يستبيح النظر إليهن فيعرفها بالمشاهدة والنظر.

ومنها أن يكثر دخولها على نساء أهله فيقلن له هذه فلانة، فيعرف شخصها بما يتفق له من نظرة بعد نظرة لم يقصدها، فيصير عارفاً بها.

فأما معرفة كلامها، فلا يصير به عارفاً لها لاشتباه الأصوات، ومنها أن يتعمد النظر إليها حتى يعرفها، فهذا موجب لمعرفتها، لكن إن نظر إلى ما يجاوز وجهها وكفيها كان فسقاً ترد به شهادته إلا أن يتوب، فتقبل وإن نظر إلى وجهها متعمداً لإقامة الشهادة عليها بعد معرفتها كان على عدالته فتقبل شهادته، وإن نظر إلى وجهها عمداً لشهوة كان فسقاً تُرَدُّ به شهادته، وإن تعمد النظر إليها لغير شهوة، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي: «لاَ تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ فَإِن الأَوَّلَةِ لَكَ وَالثَّانِيَةِ عَلَيْكَ»[1] فيه تأويلان يختلف حكم عدالته باختلافهما:

---

(١) أخرجه الترمذي (٥/ ٩٤)، كتاب الأدب، باب ما جاء في نظرة المفاجأة، حديث رقم (٢٧٧٧)، وأخرجه الدارمي (٢/ ٢٩٨).
وأخرجه أبو داود (١/ ٦٥٢) كتاب النكاح، باب فيما يؤمر من غض البصر حديث رقم (٢١٤٩)، والحاكم في المستدرك (٣/ ١٢٣)، وأحمد في مسنده (٥/ ٣، ٣٥١).

أحدهما: يريد لا تتبع نظر عينيك نظر قلبك، فعلى هذا لا يأثم بالنظر لغير شهوة فيكون على عدالته.

والتأويل الثاني: لا تتبع النظرة الأولة التي وقعت سهواً بالنظرة الثانية التي توقعها عمداً، فعلى هذا يكون بمعاودة النظر آثماً يخرج به من العدالة، فلا تقبل شهادته إلا بعد التوبة.

فصل: وإذا جاز له النظر إلى وجهها، ليعرفها في الشهادة لها وعليها، فقد اختلف الناس فيما يجوز أن ينظر من وجهها، فالذي عليه جمهور الفقهاء أنه يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها؛ لأن جميعه ليس بعورة، واختلف القائلون بهذا في جواز النظر إلى كفيها، فجوزه بعضهم تعليلاً بأنه ليس بعورة، ومنع منه أكثرهم لاختصاص المعرفة بالوجه دون الكفين، وقال آخرون: لا يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها، وينظر منه إلى ما يعرفها به.

وقال آخرون: إن كانت شابة نظر إلى بعض وجهها، وإن كانت عجوزاً نظر إلى جميعه.

وقال آخرون: إن كانت ذات جمال نظر إلى بعضه، وإن كانت غير ذات جمال نظر إلى جميعه تحرزاً من الافتتان بذات الجمال.

والصحيح من اختلاف هذه الأقاويل أن له أن ينظر إلى ما يعرفها به، فإن كان لا يعرفها إلا بالنظر إلى جميع وجهها جاز له النظر إلى جميعه، وإن كان يعرفها بالنظر إلى بعض وجهها لم يكن له أن يتجاوزه إلى غيره، ولا يزيد على النظرة الواحدة إلا أن لا يتحقق إثباتها إلا بنظرة ثانية، فيجوز له النظرة الثانية، ومتى خاف إثارة الشهوة بالنظر كف، ولم يشهد إلا في متعين عليه بعد ضبط نفسه، وإن كانت في نقاب عرفها فيه لم تكشفه، وإن لم يعرفها فيه كشفت منه ما يعرفها به، ولا يعول على معرفة الكلام لأنه قد يشتبه.

فصل: فإذا عرفها بعينها من أحد هذه الوجوه احتاج في معرفة نسبها إلى الخبر المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان ابن فلان، ويكون معرفة الخبر بنسبها لعينها، كمثل معرفته ثم ينظر في تظاهر الخبر، فإن كان من رجال ونساء وصغار وكبار وأحرار وعبيد فهو الأوكد في تظاهر الخبر بنسبها، لامتزاج من تصح شهادته بمن لا تصح، وإن تفرد به النساء والعبيد صح بهم تظاهر الخبر، لقبول خبرهم، وإن ردت شهادتهم وإن تفرد به الصبيان مع اختلاف أحوالهم وشواهد الحال بانتفاء التصنع

والمواطأة منهم، احتمل صحة تظاهرهم به وجهين:

أحدهما: لا يصح تظاهرهم به، لأن أخبار آحادهم غير مقبولة.

والوجه الثاني: يصح تظاهرهم به، لأن أخبار آحادهم قد تقبل في الإذن وقبول الهدية ولأنهم أبعد من التصنع والتهمة، فإذا صح للشاهد معرفة عينها، وصح له تظاهر الخبر بنسبها صح له الشهادة به، وإن لم يصح أحدهما لم تصح له الشهادة به وَرُدَّتْ إن شهد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ يَحْلِفُ الرَّجُلُ عَلَى مَا يَعْلَمُ بِأَحَدِ هَذِهِ الوُجُوهُ فِيْمَا أَخَذَ بِهِ مَعَ شَاهِدِهِ وَفِي رَدِّ يَمِينٍ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في وارث أراد أن يطالب بحق لميته من ملك أو غير ملك، فلعلمه به حالتان:

إحداهما: أن يعلم به من وجه يصح أن يشهد به لغيره على ما فصلنا من علم الشاهد بما تصح به شهادته فتصح له المطالبة به، ويجوز أن يدعيه عند الحاكم، ويجوز أن يحلف عليه إن ردت عليه اليمين أو مع شاهد إن شهد له ليستحقه بشاهده مع يمينه، لأنه قد علمه من أقصى جهات العلم به، ولأن ما جاز أن يشهد به لغيره، فأولى أن يدعيه لنفسه.

والحال الثانية: أن يعرفه من وجه لا تصح له الشهادة بمثله بأن أخبره به واحد أو وجده مكتوباً في حساب أو كتاب، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتشكك فيه ولا يثق بصدقه، وصحته فتجوز له المطالبة لجواز أن يعترف به المطلوب فيعلم صحته، ولا يجوز له أن يدعيه عند الحكام إن أنكره، ولا أن يحلف عليه إن ردت عليه اليمين، لأنه على غير ثقة بصحة الدعوى، وجواز الحلف، ولا تكون الدعوى واليمين إلا بما عرف.

والضرب الثاني: أن يقع في نفسه صدق المخبر، وصحة الحساب والكتاب، فيجوز له أن يطالب به ويجوز له أن يدعيه عند الحكام لمعرفته بصحته، واختلف أصحابنا في جواز يمينه عليه إن ردت عليه اليمين أو يحلف مع شاهده إن شهد له على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يحلف عليه لأنه عرفه بغالب ظن، يجوز أن يكون في الباطن بخلافه، وجعله قائل هذا الوجه كأنه الظاهر من كلام الشافعي.

والوجه الثاني: وهو أصح يجوز أن يحلف عليه لأن النبي ﷺ قال للأنصار حين

ادعوا قتل صاحبهم على يهود خيبر وقد غابوا عن قتله «تَحْلِفُوْنَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُم»(١).

ولأنه لما جاز أن يروي خبر الواحد، وثبت به شرعاً جاز أن يحلف عليه ليثبت به حقاً.

ولأنه قد يجوز أن يستعمل في حق نفسه ما لا يجوز أن يشهد بمثله كالاستمتاع بزوجته في الظلام ومعرفتها باللمس والكلام.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقُلْتُ لِمَنْ قَالَ لاَ أُجِيزُ الشَّاهِدَ وَإِنْ كَانَ بَصِيراً حِينَ عَلِمَ حَتَّى يُعَايِنَ المَشْهُودَ عَلَيْهِ يَوْمَ يُؤَدِّيهَا عَلَيْهِ فَأَنْتَ تُجِيزُ شَهَادَةَ الْبَصِيرِ عَلَى مَيِّتٍ وَعَلَى غَائِبٍ فِي حَالٍ وَهَذَا نَظِيرُ مَا أَنْكَرْتَ».

قال الماوردي: وهذا أراد به أبا حنيفة في البصير إذا تحمل شهادة ثم عمي، لم تقبل عنده شهادة بعد العمى، وهي عند الشافعي مقبولة، وقد قدمنا الكلام فيه لكنه عند أبي حنيفة مبني على أصل له في أن الشهادة لا تصح إلا على حاضر، والأعمى لا يشاهد الحاضر، فلم تصح شهادته عليه، فناقضه الشافعي، فقال: أنت تجيز الشهادة على الميت، وهو غير حاضر، فكان هذا نقضاً لمذهبه، في جواز الشهادة على الغائب وإبطالاً لتعليله في رد شهادة الأعمى.

فإن قيل شروط الأداء في الشهادة أغلظ من شروط التحمل، لأنه يجوز أن يتحملها، وهو صغير وعبد، وفاسق، ولا يجوز أن يؤديها إلا بعد بلوغه وحريته وعدالته، فلم يجز تحمل الأعمى لها، فأولى أن لا تجوز شهادته بها.

قيل: إنما أريد البصر في حال التحمل ليقع له العلم بها، فلم يعتبر البصر في الأداء لاستقرار العلم بها ولم يمنع الصغر والرق، والفسق من التحمل، وإن منع من الأداء لأنها أحوال لا تمنع من وقوع العلم بها وتمنع من نفوذ الحكم بها.

فصل: وتجوز شهادة الأعور والأعمش والأحول والأعشى، فإن كان الأحول يرى الواحد اثنين لم تقبل شهادته في العدد، وقبل فيما سواه.

وأما شهادة من في بصره ضعف، فإن كان لا يدرك الأشخاص ولا يعرف الصور

---

(١) اخرجه الإمام مسلم في الصحيح (٣/ ١٢٩٤) كتاب القسامة، باب القسامة (١) حديث رقم (٥٦/ ١٦٦٩)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١١٧، ١٢٦) (١٠/ ١٨٢) وأحمد في المسند (٤/ ٣)، والطبراني معجمه الكبير (٦/ ١٢٢)، وأخرجه ابن ماجه في السنن (٢/ ٨٩٢، ٨٩٣) كتاب الديات، (باب القسامة)، حديث (٢٦٧٧).

لم تصح شهادته كالأعمى فيما يختص بالبصر، وإن كان يعرف الصور بعد المقاربة وشدة التأمل قبلت شهادته به كالبصير.

فصل: فأما الشهادة على من لا يعرفه الشاهد ولمن لا يعرفه الشاهد فإن كان ذلك في أدائها وإقامتها عند الحاكم، لم يجز أن يشهد بها على من لا يعرفه ولمن لا يعرفه لأن الجهل بمعرفة كل واحد منهما مانع من صحة الشهادة، كالجهل بمعرفة المشهود فيه، وكمال المعرفة أن يعرفه بعينه واسمه ونسبه، فإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه جاز في الحاضر، ولم يجز في الغائب وإن عرفه باسمه ونسبه، ولم يعرفه بعينه جاز في المشهود له، ولم يجز في المشهود عليه، لأنه قد يجوز أن يتحملها لغائب، ولا يجوز أن يتحملها عن غائب.

فأما إذا أراد أن يتحمل الشهادة عمن لا يعرفه، ولمن لا يعرفه، فقد اختلف الناس في جوازه، فمنع منه قوم، لأن المقصود بالشهادة أداؤها، ومع الجهالة لا تصح، فصار الشاهد غَارّاً.

وقال قوم يكلف المقر أن يأتيه بمن يعرفه ثم يشهد عليه بعد التعريف، ولا يشهد عليه قبله، والذي عليه الجمهور أنه يجوز أن يشهد على من لا يعرفه، ولمن لا يعرفه إذا أثبت صورتهما، وتحقق أشخاصهما وإن لم يرهما قبل الشهادة، فإن أراد الشاهد إقامتها وعرف عند أدائها شخص المشهود عليه، والمشهود له بأعيانها صح منه إقامتها مع الجهالة باسمها ونسبها، وإن خفي عليه أشخاصهما، واشتبهت عليه أعيانهما لم يجز له إقامتها.

فصل: فأما تحلية المشهود عليه إذا كان مجهولاً، فقد أوجبها قوم لأنه يؤدي إلى المعرفة، ومنع منها آخرون لأن الحلى قد يشتبه، والذي عليه الجمهور أنه استظهار له باعثه على التذكر، كالخط الذي يراد ليذكر الشهادة، ولا يعول عليه في الأداء، وإذا جازت التحلية استظهاراً بها اشتمل الكلام فيها على فصلين:

أحدهما: ما يجوز أن يحلى فيه المقر به.

والثاني: ما يجوز أن يحلى فيه المقر.

فأما الفصل الأول: فيما يجوز أن يحلى فيه المقر، فالحقوق المقر بها على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما لا يحتاج إلى التحلية، وهو الوصايا، وما لا يلزم في العقود.

والثاني: ما يحتاج فيه إلى التحلية، وهي الديون، والبراءات، والحقوق المؤجلة.

والثالث: ما لم يجر العرف فيه بالتحلية، وإن جازت، وهي عقود البياعات الناجزة والمناكح، والوكالات.

وأما الفصل الثاني: فيما يجوز أن يحلى به المقر، فقد حدّه قوم بأنه ما يجوز أن يستدل به القائف في إلحاق النسب، ومنعوا من التحلية بما يجوز أن يحدث من آثار، وجراح، أو يمكن أن يغير من شيب وشباب.

وحَدَّه آخرون بأنه كل ما اشتهر به من أوصافه، ومنعوا من تحليته ما لم يشتهر به، والذي عليه الجمهور أن التحلية تكون بكل ما دلت على المحلى من أوصافه الظاهرة دون الباطنة، فمنها الطول، والقصر، ومنها اللون من بياض أو سواد أو سمرة، ومنها البدن من سمن أو هزال، ومنها الكلام كاللثغة، والفأفأة، والتمتمة والرَّدَّة وما في اللسان من العجلة والثقل، ومنها ما في العين من الكحلة، والشُّهْلة، والشُّكْلَة فقد قيل: إن الشكلة هي كمية الحمرة في بياض العين، والشهلة كمية الحمرة في سواد العين، وقد روي أن النبي ﷺ كان في عينه شكلة ومنها الشعر في الجعودة والسبوطة، وقيل: لا يحلى به لأنه قد يتصنع الناس تجعيد السبط وتسبيط الجعد، وهذا ليس بشيء لأنه قد يعرف المصنوع من المخلوق، ومنها سواد الشعر وبياضه، وقيل لا يحلى به لأن السواد قد يبيض والبياض قد يخضب، وهذا ليس بشيء لأن بياض السواد يعلو السن قد يدل عليه تاريخ الشهادة، وخضاب البياض يظهر للمتأمل واختلف في جواز التحلية بالصمم فجوزه قوم، ومنع منه آخرون، لأنه قد يكون من مرض فيزول.

فأما التحلية بما في الفم من الأسنان، فيجوز بما ظهر من الثنايا والأنياب، ويمنع منها بما بطن من الأضراس، وتجوز التحلية بالجراح، والشِّجاج، والآثار اللازمة، ولا تجوز بالثياب واللباس، وتجوز تحلية النساء بما في وجوههن، وبما ظهر من طول وقصر وهزال أو سمن، وتجوز تحلية المشهود له أيضاً والله أعلم بالصواب[1].

---

(١) في ا.
نجز المجلد الحادي والعشرون بحمد الله وعونه يتلوه في الذي يليه بحول الله ومشيئته باب ما يجب على المرء من القيام بالشهادة :. إذا دعي ليكتب أو يشهد.

بَابُ مَا يَجِبُ عَلَى المَرْءِ مِنَ القِيَامِ بِالشَّهَادَةِ إِذَا دُعِيَ لِيَشْهَدَ أَوْ يَكْتُبَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿وَلاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (قال الشافعي) وَالَّذِي أَحْفَظُ عَنْ كُلِّ مَنْ سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ ذَلِكَ فِي الشَّاهِدِ قَدْ لَزِمَتْهُ الشَّهَادَةُ وَأَنَّ فَرْضاً عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِهَا عَلَى وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالقَرِيبَ وَالبَعِيدِ لاَ تُكْتَمُ عَنْ أَحَدٍ وَلاَ يُحَابَى بِهَا أَحَدٌ وَلاَ يُمْنَعُهَا أَحَدٌ».

قال الماوردي: اعلم أن الشهادة وثيقةٌ تتم بالتحمل وتستوفى بالأداء فصارت جامعة للتحمل في الابتداء والأداء في الانتهاء، والشاهد مأمور بها في التحمل والأداء، قال الله تعالى ﴿وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفيه لأهل العلم ثلاثة تأويلات:

أحدها: إذا دُعوا لتحملها وإثباتها عند الحاكم، وهو قول ابن عباس، وقتادة، والربيع.

والتأويل الثاني: إذا دُعوا لإقامتها وأدائها عند الحاكم، وهو قول مجاهد، وعطاء والشعبي.

والتأويل الثالث: إذا دُعوا للتحمل والأداء جميعاً، وهو قول الحسن البصري.

واختلفوا في حكم هذا الأمر على ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أنه ندب، وليس بفرض، وهو قول عطاء، وعطية.

والقول الثاني: فرض على الكفاية، وهو قول الشعبي.

والقول الثالث: إنه فرض على الأعيان، وهو قول قتادة، والربيع بن أنس.

فأما مذهب الشافعي في التحمُّل والأداءِ فهما من فروض الكفاية، إن كثر من يتحمل ويؤدي كالجهاد، وطلب العلم والصلاة على الجنائز، وهما من فروض الأعيان، إن لم يوجد غيرهما في التحمل والأداء، وقد يكون فرض التحمل على الكفاية وفرض الأداء على الأعيان، إذا كثر عددهم في التحمل وقل عددهم في الأداء،

ويمتنع أن يكون فرض التَّحمُّل على الأعيان وفرض الأداء على الكفاية، لأن الأداء يكون بعد التحمل، غير أن الأغلب من حال التحمل أنه من فروض الكفايات، وربما تعين وفي الأغلب من حال الأداء أنه من فروض الأعيان، وربما صار على الكفاية، لأن التحمل عام والأداء خاص، ولذلك كثر عدد المتحملين وقلّ عدد المؤدين، ولذلك ما اختير أن يكون عدد المتحملين ثمانية اثنان يموتان، واثنان يمرضان، واثنان يغيبان، واثنان يحضران فيؤديان، وإذا استوى التحمل والأداء في فروض الكفاية، وفروض الأعيان، كان فرض الأداء أغلظ من فَرْض التحمل.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وفيه تأويلان:

أحدهما: إنه فاجر قَلْبُهُ فيحمل على فسقه بكتمها في العموم، وهو معنى قول السُّدي.

والثاني: إنه مكتسبٌ لإثم كتمها، فيحمل على مأثمه بها في الخصوص، وخصّ القلب بها، لأنه محل لاكتساب الآثام والأجور.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يَخْلُ حال التَّحمُّل والأداء من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون الفرض فيه على الكفاية، لكثرة من يتحمل ويؤدي، وزيادتهم على العدد المشروط في الحكم، فداعي الشهود إلى التحمل والأداء مُخَيَّرٌ في الابتداء بدعاء أيهم شاء، فإذا بدأ باستدعاء أحدهم إلى تحمل الشهادة أو أدائها، فقد اختلف في حكم فرضه إذا ابتدىء على وجهين:

أحدهما: أنه يتعيَّن عليه فرض الإجابة، إلا أن يعلم أن غيره يجيب، فلا يتعين عليه.

والوجه الثاني: أنه لا يتعين عليه فرض الإجابة، إلا أن يعلم أن غيره لا يجيب، فيتعين عليه الفرض، فيكون على الوجه الأول عاصياً حتى يجيب غيره، وعلى الوجه الثاني غير عاصٍ حتى يمتنع غيره، فإذا أجاب إلى التحمل والأداء العدد المشروط في الشهادة سقط فرضها عن الباقين، وإن امتنعوا جميعاً جرحوا أجمعين، وكان المبتدىء بالاستدعاء أغلظهم مأثماً، لأنه صار متبوعاً في الامتناع، كما لو بدأ بالإجابة كان أكثرهم أجراً، لأنه صار متبوعاً فيها.

فصل: والحال الثانية: أن يتعين الفرض في التحمل والأداء، لأنه لا يوجد غير المدعو إليها في العدد المشروط في الحكم المشروط فيه، فلا يمتنع من دعي إلى تحملها وأدائها أن يتوقف عن الإجابة، وهو بالتوقف عاص إن لم يكن له عذر إلا أن

تكون الشهادة في حقوق الله تعالى، التي تدرأ بالشبهات، كالحدود في الزنا، وشرب الخمر فهو مندوب إلى التوقف عن تحملها، لقول النبي ﷺ «هَلَّا سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يَا هَزَّالُ».

وأما توقفه عن أدائها فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في توقفه إيجاب حد على غيره، كمن شهد بالزنا فلم تكمل شهادته وجب عليه الأداء، وأثم بالتوقف.

والضرب الثاني: أن لا يجب لتوقفه حد على غيره، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يظهر من المشهود عليه ندم فيما أوجب الحد عليه فالمندوب إليه أن لا يؤدي الشهادة عليه، ولا يأثم بتوقفه عنها.

والضرب الثاني: أن يكون على إصراره غير نادم على فعله، فالمندوب إليه أن يقيم الشهادة، ويكون توقفه عنها مكروهاً وليس بمعصية، وإنما يعصى بالتوقف عن حقوق الآدميين.

فصل: والحال الثالثة: أن يكون فرض التحمل على الكفاية، وفرض الأداء على الأعيان، لأنهم عند التحمل أكثر من عدد الشهادة فلم يخفض الفرض ببعضهم، وصار على الكفاية، وهم عند الأداء مقصورون على عدد الشهادة فأخفض الفرض بهم وتعين عليهم فيجري على كل واحد منهم حكمه في اعتبار الكفاية في التحمل، وتعين الفرض في الأداء، فإن مات أحد شاهدي الأداء وبقي الآخر لم يخلُ حال المشهود من إحدى حالين:

أحدهما: أن يكون مما لا يحكم فيه بالشاهد واليمين، كالنكاح والطلاق، وجناية العمد فيسقط فرض الأداء عن الباقي، لأنه لا يثبت بشهادته حق.

والحال الثانية: أن يكون مما يجوز أن يحكم فيه بالشاهد واليمين، فلا يخلو حال الشاهد المؤدي والحاكم المشهود عنده من أربعة أحوال:

أحدهما: أن يكون ممن يرى الحكم بالشاهد واليمين، فيجب على الشاهد أن يشهد، وعلى المشهود عنده أن يحكم.

والحالة الثانية: أن يكون ممن لا يرى الحكم بالشاهد واليمين، فلا يجب على الشاهد أن يشهد، ولا يجوز للحاكم أن يحكم.

والحال الثالثة: أن يكون الشاهد ممن يرى الحكم بالشاهد واليمين، والحاكم ممن لا يرى الحكم به، فلا يجب على الشاهد أن يشهد، لأنه لا يتعلق بشهادته إلزام.

والحال الرابعة: أن يكون الشاهد ممن لا يرى الحكم بالشاهد واليمين، والحاكم ممن يرى الحكم به، فعلى الشاهد أن يشهد، لأنه وإن كان ممن لا يرى ذلك فهو يعتقد أن ما يشهد به حق واجب، وإن كان في التزام الحكام غير واجب، والإلزام معتبر باجتهاد الحاكم دون اجتهاد الشاهد، وهكذا لو كان مع الشاهد امرأتان، فيما اختلف فيه الحكم بالشاهد والمرأتين، كان معتبراً بهذه الأحوال الأربعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ثُمَّ تَتَفَرَّعُ الشَّهَادَاتُ (قال الشافعي) قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ فَأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ حَرَجَ مَنْ تَرَكَ ذَلِكَ ضِرَاراً وَفَرْضُ القِيَامِ بِهَا فِي الابْتِدَاءِ عَلَى الكِفَايَةِ كَالْجِهَادِ وَالْجَنَائِزِ وَرَدِّ السَّلَامِ وَلَمْ أَحْفَظْ خِلَافَ مَا قُلْتُ عَنْ أَحَدٍ».

قال الماوردي: اختلف أصحاب الشافعي في تأويل قوله: «ثم تتفرع الشهادات. . . .» على أربعة أوجه:

أحدها: أنها تتفرع بأن تكون الشهادة في حال من فروض الكفاية عند كثرة العدد، وفي حال من فروض الأعيان عند قلّة العدد وقائل هذا الوجه متأول على ما لا يخالف فيه نص مذهبه.

والوجه الثاني: أنها تتفرع بأن يكون فرض تحملها على الكفاية وفرض أدائها على الأعيان.

وقائل هذا الوجه متأول له على خلاف مذهبه، لأن فرض التحمل قد يتعين إذا لم يوجد غير من دعي للتحمل، وفرض الأداء قد لا يتعين إذا وجد غير من دعي للأداء، فلم يمتنع في التحمل والأداء من أن ينتقل كل واحد منهما من فرض الكفاية إلى فرض الأعيان، ومن فرض الأعيان إلى فرض الكفاية، ولئن كان المتحمل ملتزماً لفرض الأداء فليس يمتنع أن لا يتعين عليه الأداء.

الوجه الثالث: أنها تتفرع بأن تكون الشهادة تارة في تصحيح عقد كالنكاح والرجعة، وتارة في ندب كالبيع، والإجارة وتارة في وثيقة كالديون.

وقائل هذا الوجه لا يخرج بتأويله عند مذهبه.

فإن كانت الشهادة في عقد نكاح لا يصح إلا بها وجب على الطالب أن يدعو إليها لتصحيح عقده.

فإذا اقتصر بالشهادة على تصحيح العقد جاز أن يدعو إليها أهل العدالة الظاهرة، وإن أراد بها مع تصحيح العقد الوثيقة في إثباته عند الحكام دعا إليها أهل العدالة الباطنة، لأن النكاح يصح بالعدالة الظاهرة، وثبوته لا يصح إلا بالعدالة الباطنة.

وأما المطلوب للشهادة عليه فهو مأمور بالإجابة من وجهين:

أحدهما: في تصحيح العقد بحضوره.

والثاني: في الوثيقة بتحمله، فإن كان من أهل العدالة الظاهرة تفرد حضوره بتصحيح العقد، وإن كان من أهل العدالة الباطنة جمع بحضوره بين تصحيح العقد وتحمله، وإن كانت الشهادة في مندوب إليه كالبيع كان مطلبها مندوباً إليها، والمطلوب لها مندوباً إلى الحضور، لأنه في العقد على حكم الطالب، وفي الوثيقة مخالف لحكم الطالب فيصير داخلاً في فرض الوثيقة، وكان خارجاً من فرض العقد.

وإذا كانت الشهادة على دَيْنٍ فهي وثيقة محضة طالبها مخير في طلبها، والمطلوب بها داخل في فرض تحملها.

والوجه الرابع: أنها تتفرع بأن يختلف حكمها بوجود المضارة وعدمها، ووجود الأعذار وعدمها. وعلى هذا الوجه يكون التَّفريع.

فصل: فأما المضارّة فيسقط بها فرض الشهادة إن كانت في حق الشاهد، وتتغلظ بها فرض الشهادة إن كانت في حق المشهود له، قال تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولأهل العلم فيه ثلاثة تأويلات:

أحدهما: أن المضارة أن يكتب الكاتب ما لم يمل عليه، ويشهد الشاهد بما لم يستشهد، وهو قول الحسن، وطاوس، وقتادة.

والثاني: أن المضارة أن يمتنع الكاتب أن يكتب، ويمتنع الشاهد أن يشهد، وهو قول ابن عباس، ومجاهد، وعطاء.

والثالث: أن المضارة أن يدعي الكاتب والشاهد وهما مشغولان معذوران، وهو قول عكرمة، والضحاك، والسدي، والربيع.

ويحتمل عندي تأويلاً رابعاً: أن تكون المضارة أن يدعي الكاتب أن يكتب بالباطل، ويدعي الشاهد أن يشهد بالزور فهذا ما اختلف فيه أهل العلم من تأويل الآية.

فإن كانت المضارة في حق الشاهد فهي على ضربين:

أحدهما: أن يتعلق بالإجابة مأثم، وذلك من وجهين:

أحدهما: أن يسأله المشهود له أن يزيد في الحق.

والثاني: أن يسأله المشهود عليه أن ينقصه من الحق، فلا يسع الطالب أن يسأل ولا يسع الشاهد أن يجيب، وكل واحد منهما آثم إن فعل.

والضرب الثاني: أن لا يتعلق بها مأثم، وذلك من وجهين:

أحدهما: أن يدعي الشاهد إلى ما يضر ببدنه من سفر.

والثاني: إلى ما يضر بدنياه من انقطاع عن مكسب، فالمأثم هاهنا يتوجه على الطالب إن ألزم، ولا يتوجه إن سأل ولك هذا فضل الأجر إن أجاب، وإن سقطت عنه الإجابة بالمضارة.

وأما إن كانت المضارة في حق المشهود له فهي على ضربين:

أحدهما: أن يضر الشاهد بالتوقف عن الشهادة من غير عذر.

والثاني: أن يضر بتغيير الشهادة من غير شبهة فيكون بالتوقف آثماً، وبالتغيير مع المأثم كاذباً، وفسقه بالكذب مقطوع به، لأنه من الكبائر، وفسقه بالمأثم معتبر بدخوله في الصغائر والكبائر بحسب الحال.

فإن دخل في الصغائر لم يُفَسَّق، وإن دخل في الكبائر فُسِّقَ به.

فصل: وأما الأعذار فيستبيح بها الشاهد تأخير الشهادة، سواء تعلقت بماله أو ببدنه، ولا يستبيح بها تغير الشهادة سواء تعلقت بماله أو بدنه.

فأما الأعذار المتعلقة ببدنه فهي على ضربين:

أحدهما: لعجز داخل.

والثاني: لمشقة داخلة لاحقة.

فأما العجز فهوأن يكون مريضاً يعجز عن الحركة، فإن دعي إلى الحاكم كان معذوراً في التأخر، وإن أحضره الحاكم لم يعذر في التوقف عنها.

وأما المشقة فضربان: حظر، وأذى.

فأما الحظر فهو أن يخاف من سلطان جائر، أو من عدو قاهر أو من فتنة عامة، فيسقط معه فرض الإجابة مع بقاء هذه الأعذار حتى تزول، فتلزمه الإجابة.

وأما الأذى: فضربان:

أحدهما: ما يتوقع زواله.

وهو أن يدعى في حر شديد، أو برد شديد، أو مطر جودٍ فما كان هذا الأذى باقياً. ففرض الإجابة ساقطٌ.

فإذا زال وجبت الإجابة.

وأما الدائم: فهو أن يدعى، مع الصحة إلى المشي إليها، لتحملها أو لأدائها، فإن كان إلى موضع لا يخرج به عن بلده عذر بالتأخير سواء قربت المسافة أم بعدت، وسواء كان ذا مركوبٍ أو لم يكن، لأن في مفارقة وطنه مشقة يسقط معها فرض الإجابة، وإن كان الموضع في بلده، فإن قربت أطراف بلده لصغره لزمته الإجابة، وإن بَعُدت أقطاره لسعته اعتبر حاله، فإن جرت عادته بالمشي في جميع أقطاره لزمته الإجابة، وإن لم تجر عادته به لم يلزمه، وإن قدر عليه، لأن مفارقة العادة شاق إلا أن يكون ذا مركوب فلا مشقة عليه في الركوب، فتلزمه الإجابة، فإن حمل إليه ما يركبه وهو غير ذي مركوب اعتبر حاله، فإن لم يتناكر الناس ركوب مثله لزمته الإجابة، وإن تناكروها لم يلزمه، لأن ما ينكره الناس مستقبح وأما الأعذار المتعلقة بماله فضربان:

أحدهما: ما خاف به ضياع مال.

والثاني: ما تعطل به عن اكتساب.

فأما ما خاف به ضياع ماله فهو أن يكون مقيماً على حفظه وليس له نائب يقوم مقامه فيه، فيسقط عنه فرض الإجابة ما كان على حاله.

فإذا زال عنها وجب فرضها، فإن ضمن له الداعي حفظ ماله لم يلزمه الإجابة لأنه لا يلتزم ائتمان الناس على ماله.

وأما ما تعطل به عن اكتسابه، فهو أن يكون من أهل المعائش المكتسبين، فإن دعي في وقت اكتسابه لم تلزمه الإجابة، وإن دعي في غيره لزمته، فلو بذل له الداعي قدر كسبه لم يلزمه قبوله، ولو طلب قدر كسبه نظر، فإن كان أكثر من أجرة مثله لم يجز، وإن كان قدر أجرة مثله، فقد اختلف أصحابنا في جوازه على ثلاثة أوجه:

أحدهما: يجوز له أخذها، كما يجوز للكاتب أخذ الأجرة على كتابته.

والوجه الثاني: لا يجوز له أخذها، كما لا يجوز للحاكم أن يأخذ من الخصوم أجرة على حكمه.

والوجه الثالث: له أن يأخذها على التحمل، وليس له أن يأخذها على الأداء، لأنه في الأداء متهوم، وفي التحمل غير متهوم.

فصل: وأما من تلزمه الشهادة عنده فهو كل ذي ولاية، يصح منه استيفاء الحقوق لأهلها، من الأئمة، والأمراءِ، والحكام، وسواء كانوا من أهل العدل، أو من أهل البغي، فإن دعي أن يشهد عند جائر، فإن كان جوره في الحق المشهود به لم تلزمه الإجابة وإن كان في غيره لزمته، وإن دعي أن يشهد عند متوسط بين الخصمين، فإن لم يلتزم الخصمان حكم الوسط لم تلزمه الشهادة عنده، وإن التزما حكمه ففي وجوب

الشهادة عنده وجهان مخرجان من اختلاف قولي الشافعي في المحكم من غير الحكام، هل يلزم المتراضيين به حكمه أم لا؟

فإن قيل: بلزوم حكمه لزم الشاهد أن يشهد عنده.

فإن قيل: لا يلزمهما حكمه لم يلزم الشهادة عنده، وإن دعي أن يشهد عند حاكم لا يعلم هل يقبل شهادته أو لا يقبلها؟ لزمته الشهادة عنده، لجواز أن يقبلها.

فإن شهد عنده فتوقف عن قبولها لاستبراء حاله، لزمه أن يشهد عند غيره من الحكام إذا دعي إليه، ولو توقف عن قبولها لها كحكمه برد شهادته لجرحه لم يلزمه أن يشهد بها عند غيره إذا دعي إليها، لأنه لا يجوز لغيره الحكم بشهادة قد ردت بحكم.

فصل: فأما وقت الشهادة: فعند استدعائها سواء كانت في حق حال، أو مؤجل، والمستدعي لها هو صاحب الحق إذا كان جائز الأمر، أو الحاكم في حق المولي عليه.

فأما الشهادة بالحق قبل استدعاء الشهادة، وإن كانت في حق لله تعالى من زكاة، أو كفارة، أو حج كان مندوباً إلى الشهادة قبل الاستشهاد، وهكذا إن كانت في حق مولى عليه بجنون أو صغر، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خَيْرُ الشُّهُودِ مَنْ أَخْبَرَ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُدْعَى»[1] وإن كان الحق لآدمي حاضرٍ، جائز الأمر عالم بحقه، كره أن يشهد له قبل الاستدعاء؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِيْنَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِيْنَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ حَتَّى يَشْهَدَ الرَّجُلُ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ»[2] فكان لاختلاف هذين الخبرين محمولاً على اختلاف هاتين الحالتين، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ٣٤٤) كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود، حديث (١٩ب/ ١٧١٩) بنحوه عن زيد بن خالد الجهني مرفوعاً.

(٢) متفق عليه: أخرجه البخاري (٥/ ٣٠٦) كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد حديث رقم (٢٦٥٢)، وأخرجه مسلم (٤/ ١٩٦٢) كتاب فضائل الصحابة، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم حديث رقم (٢١٠ / ٢٥٣٣) كلاهما أخرجاه بنحوه.

بَابُ شَرْطِ الَّذِينَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وَقَالَ ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ قَالَ فَكَانَ الَّذِي يُعْرَفُ مَنْ خُوطِبَ بِهَذَا أَنَّهُ أُرِيدَ بِذَلِكَ الأَحْرَارُ البَالِغُونَ المُسْلِمُونَ المَرْضِيُّونَ».

قال الماوردي: اعلم أن الشروط المعتبرة في قبول الشاهد خمسة.

[الأول]: الحرية.

[الثاني]: البلوغ.

[الثالث]: العقل.

[الرابع]: الإسلام.

[الخامس]: العدالة.

فأما شهادة العبيد فمردودة على الأحرار والعبيد في كثير المال وقليله، وهو قول جمهور الصحابة، والتابعين، والفقهاء، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك.

وحكي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن شهادة العبد مقبولة على العبيد دون الأحرار.

وحكي عن الشعبي والنخعي أن شهادته مقبولة في القليل دون الكثير.

وحكي عن داود، وأحمد، وإسحاق، وأبي ثور أن شهادة العبيد مقبولة في الأحوال كلها.

وبه قال من الصحابة أنس بن مالك.

ومن التابعين: شريح، وقيل: إن عبداً شهد عنده فقبل شهادته، فقيل له: إنه عبد فقال: «قِمْ» كلكم ابنُ عبد، وأَمَةٍ. وقال بعض السلف: «رُبَّ عَبْدٍ خَيْرٌ مِنْ مَوْلَاهُ».

واستدلوا على قبول شهادته مع اختلاف مذاهبهم، بقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وظاهره عندهم في العبيد، لإضافته إلينا بـ «لام» التمليك، ولأن من قبل خبره قبلت شهادته كالحر.

والدليل على رد شهادته، قول الله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهذا الخطاب متوجّهٌ إلى الأحرار، لأنهم هم المشهدون في حقوق أنفسهم، وقوله ﴿ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ يبقى دخول العبيد فيهم، ولأن الشهادة موضوعة على المفاضلة، لأن الرجل فيها كالمرأتين، فمنعت المفاضلة، من مساواة العبد فيها للحر كالقضاء في الولايات، والحج والجهاد، في العبادات، وكالتوارث في الممتلكات، ولأن نقص الرق يمنع كمال الشهادة لوروده من جهة الكفر المانع من قبول الشهادة.

وأما الجواب عما استدلوا به من قول الله تعالى ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ فمن وجهين:

أحدهما: تخصيص عمومها بما ذكرناه.

والثاني: أنه محمول على حال تحمل الشهادة، دون أدائها وأما الجواب عن اعتبار شهادته بقبول خبره، فهو أن الخبر أوسع حكماً من الشهادة لقبول الواحد في الخبر، وانتقاله بالعنعنة عن واحدٍ بعد واحدٍ، وهذا ممتنع في الشهادة، فكذلك في الرق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَقَوْلُهُ ﴿شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ يَدُلُّ عَلَى إِبْطَالُ قَوْلِ مَنْ قَالَ تَجُوزُ شَهَادَةُ الصِّبْيَانِ فِي الْجِرَاحِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقُوا فَإِنْ قَالَ أَجَازَهَا ابْنُ الزُّبَيْرِ فَابْنُ عَبَّاسٍ رَدَّهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن البلوغ شرط في قبول الشهادة، فلا تقبل شهادة الصبيان بحال في قليل ولا كثير من مال، ولا جراح وهو قول الجمهور.

وقال مالك: تقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح دون غيرها ما لم يتفرقوا، فإن تفرقوا لم تقبل.

وبه قال عبد الله بن الزبير.

وحكي عن الحسن البصري أنه أجاز شهادتهم في المُوضِحَة، والسّن فما دون، ولم يجزها فيما زاد، احتجاجاً بقضاء عبد الله بن الزبير بشهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا.

قال ابن أبي مُلَيْكَة: فخالفه عبد الله بن عباس، وصار الناس إلى قضاء عبد الله بن الزبير، فكان إجماعاً، ولأن الشهادة معتبرة بحال الضرورة، كما أجيزت شهادة النساء المنفردات في الولادة، لأنها حالة لا يحضرها الرجال، كذلك اجتماع الصبيان في لعبهم، وما يتعاطون من رميهم لا يكاد يحضرهم الرجال، فجاز للضرورة أن تقبل

شهادة بعضهم على بعض قبل افتراقهم، لانتفاء التهمة عنهم، ولم يجز بعد افتراقهم لتوجه التهمة إليهم والدليل على رد شهادتهم قول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فدلت هذه الآية على المنع من قبول شهادة الصبيان من ثلاثة أوجه:

أحدها: قوله: ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ وليس الصّبيان من الرّجال.

والثاني: أنه لما عدل عن الرجلين إلى أن قال: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ دل على أنه لا يعدل إلى غيرهم من الصبيان.

والثالث: أنه قال: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وليس الصبيان ممن يرضى من الشهداء.

وروى علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي ﷺ قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ ثَلاَث عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَنْتَبِه، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ» فلما كان القلم مرفوعاً عنه في حق نفسه إذا أقر، كان أولى أن يرفع في حق غيره، إذا شهد، ولأن الشهادة في الأموال أخف منها في الدماء، وهي غير مقبولة منهم في الأموال، فأولى أن لا تقبل في الدماء.

ولأنه لو جاز لأجل اعتزالهم عن الرجال أن تقبل شهادة بعضهم على بعض، لجاز لأجل اجتماع النساء في الحمامات والأعراس، أن تقبل شهادة بعضهن على بعض، وهي لا تقبل مع الضرورة مع جواز قبولهن مع الرجال في الأموال، فالصبيان الذين لا تقبل شهادتهم مع الرجال فأولى أن لا تقبل في الانفراد، وبه يبطل استدلالهم.

وقضاء ابن الزبير مع خلاف ابن عباس يمنع من انعقاد الإجماع. والقياس مع ابن عباس، لأن كل من لم تقبل شهادته في الأموال لم تقبل في الجراح، كالفسقة.

• مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ «وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ مَمْلُوكٍ وَلاَ كَافِرٍ وَلاَ صَبِيٍّ بِحَالٍ لأَنَّ المَمَالِيكَ يَغْلِبُهُمْ مَنْ يَمْلِكُهُمْ عَلَى أُمُورِهِمْ وَأَنَّ الصِّبْيَانَ لاَ فَرَائِضَ عَلَيْهِمْ فَكَيْفَ يَجِبُ بِقَوْلِهِمْ فَرْضٌ وَالمَعْرُوفُونَ بِالكَذِبِ مِنَ المُسْلِمِينَ لاَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فَكَيْفَ تَجُوزُ شَهَادَةَ الْكَافِرِيْنَ مَعَ كَذِبِهِمْ عَلَى اللَّهِ جَلَّ وَعَزَّ (قالَ المُزَنِيُّ) أَحْسَنَ الشَّافِعِيُّ».

قال الماوردي: أما المَمْلُوك فقد ذكرنا أن شهادته غير مقبولة، وكذلك من بقيت فيه أحكام الرِّق، وإن انعقدت له أسباب العتق من المُدَبَّر، والمُكَاتَب، وأُمِّ الولد، ومن رق بعضه وعتق بعضه لا تقبل شهادتهم، لجريان أحكام الرق عليهم، فإذا تكامل عتق أحدهم وصار حراً قبلت شهادته، وإن كان ولاء العتق جارياً عليه، وهو من أحكام

الرق، لأن الولاء جارٍ مَجرَى النسب في الميراث، فخرج عن أحكام الرق في النقض.

فصل: وأما الصبي فقد ذكرنا أن شهادته غير مقبولة بحال، سواء راهق أو لم يراهق، وسواء حكم بصحة إسلامه، أو لم يحكم، فإن بلغ الاحتلام قبل استِكمال السن قُبل، وكذلك لو بلغ باستِكمال السن قُبِل، لأنه يصير بكل واحدٍ منهما بالغاً، فلم يعتبر اجتماعهما فيه.

فصل: وأما الكافر فلا تُقْبَلُ شهادتُه لمسلم، ولا عليه في وصية، ولا غيرها، في سفر كان أو حضر.

وحكي عن داود: أنه أجاز شهادة أهل الذمة على المسلم في وصيته، في السفر دون الحضر.

وبه قال من التابعين الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وعِكْرِمَةَ. فأما قبول شهادة بعضهم لبعض، وعلى بعض، فقد اختلف في جوازها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه لا تقبل شهادتهم بحال سواء اتَّفَقَتْ مِلَلُهُمْ أو اختلفت.

وبه قال مالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأحمد بن حنبل.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة وأصحابه أن شهادة بعضهم على بعض مقبولة مع اتِّفَاقِ مِلَلِهِم واختلافها، وبه قال حماد بن أبي سليمان، وسفيان الثوري، وقضاة البصرة الحسن، وسوار وعبيد الله.

والمذهب الثالث: وهو قول الزهري، والشعبي، وقتادة أنه تقبل شهادتهم لأهل ملّتهم وعليهم، ولا تقبل على غير أهل ملّتهم كاليهود على النصارى، والنصارى على اليهود. واستدلوا بقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

قال ابن عباس: من غير دينكم من أهل الكتاب، فجعله داود مقصوراً على الوصية، وجعله أبو حنيفة مقصوراً على أهل الذمة، وجعله الزهري، والشّعبي مقصوراً على الموافقين في الملة دون المخالفين وروى الشعبي عن جابر، أن النبيّ ﷺ «أَجَازَ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ»[1] قالوا: وهذا نصّ.

وروى أبو أسامة عن مجالد عن عامر عن جابر بن عبد الله، قال جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زَنَيَا إلى رسول الله ﷺ فقال: «ائْتُونِي بِأَعْلَم رَجُلَيْنِ مِنْكُمْ» فأتوه

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٦٥).

بابني صُوريا «فَنَشَهَدْمَا كَيْفَ تَجِدُونَ أَمْرَ هَذَيْنِ فِي التَّوْرَاةِ» فقالا نَجِدُ في التَّوْرَاةِ إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُمْ رَأَوْا ذَكَرَهُ فِي فَرْجِهَا مِثْلَ المَيْلِ فِي المُكْحُلَةِ رُجِمَا، قال: «فَمَا مَنَعَكُمَا أَنْ تَرْجُمُوهُمَا» قالا ذَهَبَ سُلْطَانُنَا فَكَرِهْنَا القَتْلَ، فَدَعَا رسول الله ﷺ بالشُّهُودِ فَجَاؤُوا بِأَرْبَعَةٍ فَشَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوْا ذَكَرَهُ فِي فَرْجِهَا مثل المَيْلِ فِي المُكْحُلَةِ، «فأمر رسول الله ﷺ بِرَجْمِهِمَا».

فدل على قبول شهادة أهل الذمة، بعضهم على بعض قالوا: ولأن الكفر لا ينافي الولاية، لأن الكافر يلي على أطفاله وعلى نكاح بناته، فكان أولى أن لا يمنع من الشهادة، لأنها أخفُّ شروطاً من الولاية.

قالوا: ولأن من كان عدلاً من أهل دينه قبلت شهادته كالمسلمين.

قالوا: ولأنه فُسِّق على وجه التأويل، فلم يمنع من قبول الشهادة كأهل البغي.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فمنعت هذه الآية من قبول شهادتهم من وجهين:

أحدهما: أنهم غير عدول.

والثاني: أنهم ليسوا منا.

وقال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] والكافر فاسق، فوجب أن يتثبت في خبره، والشهادة أغلظ من الخبر، فأوجبت التوقف عن شهادته.

وروى عبادة بن نُسي عن ابن غنم قال: سألت معاذ بن جبل عن شهادة اليهودي على النصراني، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ دِينٍ عَلَى غَيْرِ أَهْلِ دِينِهِمْ إِلَّا الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُمْ عُدُولٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ، وَعَلَى غَيْرِهِمْ» فإذاً منع النبي ﷺ من قبول شهادتهم على غير أهل دينهم، وأبو حنيفة يسوي بين أهل دينهم وغيرهم دل على أنها لا تقبل على أهل دينهم، وعلى غيرهم، ولأن الفاسق المسلم أكمل من الكافر العدل، لضحة العبادات من الفاسق، واستحقاق الميراث، وذلك لا يصح من الكافر، ولا يستحق ميراث مسلم، ثم كان الفِسْقُ مانعاً من قبول الشهادة، فكان الكفر أولى أن يكون مانعاً منها.

ويتحرر لك من هذا الاستدلال قياسان.

أحدهما: أن من لم تقبل شهادته على المسلم، لم تقبل شهادته على غير المسلم كالفاسق.

والثاني: أن من ردت شهادته بالفسق ردت شهادته بالكفر، كالشهادة على

المسلم، ولأن الكذب يمنع من قبول الشهادة، والكذب على الله تعالى أَعْظَمُ من الكذب على عباده، ثم كانت شهادةُ من كذب على الناس من المسلمين مردودةً، والكافر الكاذب على الله أولى أن تردَّ شهادتُه، وقد وصف الله تعالى كذبهم فقال: ﴿لا يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ﴾ [المائدة: ٥] وقال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [آل عمران: ٣].

ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن من كان مَوْسُوماً بالكذب رُدَّتْ شَهَادَتُهُ كالمسلم.

والثاني: أن الكذب إذا ردت به شهادة المسلم، فأولى أن ترد به شهادة الكافر، كالكذب على الناس، ولأن نقص الكفر أغلظ من نقص الرق، لوجهين:

أحدهما: أن نقص الكفر يمنع من صحة العبادات، ولا يمنع منها نقص الرق.

والثاني: أن نقص الكفر يمنع من قبول الخبر، ولا يمنع منه نقص الرق، ثم ثبت باتفاقنا وأبي حنيفة أن نقص الرق يمنع من قبول الشهادة، فكان أولى أن يمنع من قبولها نقص الكفر ولهذه المعاني منع أبو حنيفة من قبول شهادة عبدة الأوثان اعتباراً بنقص الكفر، فكذلك أهل الكتاب.

ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنها شهادة يمنع منها الرق، فوجب أن يمنع منها الكفر، قياساً على شهادة الوثني.

والثاني: أنها شهادة يمنع منها كفر الوثني، فوجب أن يمنع منها كفر الكتابي كالشهادة على المسلم.

فأما استدلاله بالآية فسنذكر من اختلاف أهل التأويل في تفسيرها ما يتكافأ به الاستدلال بها.

وأما قوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنها الشهادة بالحقوق عند الحكام.

والثاني: أنها شهادة الحضور للوصية.

والثالث: أنها أيمان، ومعنى ذلك أيمان بينكم فعبر عن اليمين بالشهادة، كما قال في أيمان المتلاعنين ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] فلا يكون لأبي حنيفة فيها دليل إلا على التأويل الأول، ويمنعه التأويلان الآخران منهما، ولا يكون لداود فيها دليل إلا على التأويل الثاني، ويمنعه التأويلان الآخران فيهما.

وفي قوله: ﴿اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] تأويلان:

أحدهما: يعني من المسلمين، وهو قول ابن عباس، ومجاهد.

والثاني: يعني: وَصِيِّ المُوصِي، وهو قول الحسن، وسعيد بن المسيب وفيهما قولان:

أحدهما: أنهما شاهدان يشهدان على وصية الموصِي.

والثاني: أنهما وصيان وليه، ولأبي حنيفة وداود دليل على التأويلين الآخرين، وإن جاز أن يكون لهما دليل على التأويلين الأولين.

وقوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: من غير دينكم من أهل الكتاب، وهذا قول ابن عباس وأبي موسى الأشعري، وشريح، وسعيد بن جبير.

والثاني: من غير قبيلتكم وعشيرتكم، وهذا قول الحسن، وعكرمة، والزُّهري، وليس لهما فيهما على هذا التأويل دليل، وإن جاز أن يكون لهما على التأويل الأول دليل.

وفي هذا الموضع قولان:

أحدهما: إنها على التخيير في اثنين منا، أو آخرين من غيرنا.

والثاني: إنها لغير التخيير، وأن معنى الكلام، أو آخران من غيركم إن لم تجدوا منكم، وهذا قول ابن عباس، وشريح، وسعيد بن جبير ﴿إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ﴾ [المائدة: ١٠٦] يعني سافرتم «فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ المَوْتِ»، وفي الكلام محذوف، وتقديره، وقد أسندتم الوصية إليهما.

وقوله: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاَةِ﴾ [المائدة: ١٠٦] أي تستوثقوا بهما للأيمان، وهذا خطاب للورثة، وفي هذه الصلاة قولان:

أحدهما: من بعد صلاة العصر، وهذا قول شريح وسعيد بن جبير.

والثاني: من بعد صلاة أهل دينهما وملتهما من أهل الذِّمة، وهذا قول ابن عباس، والسدي. ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا﴾ [المائدة: ١٠٦] فيها قولان:

أحدهما: إن ارتبتم بالوصيين في الخيانة أحلفهما الورثة.

والثاني: إن ارتبتم بالشاهدين في العدالة، والجرح أحلفهما الحاكم.

وفي قوله: ﴿لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا﴾ فيهما تأويلان:

أحدهما: لا نأخذ عليه رِشْوَةً، وهذا قول عبد الرحمن بن زيد.

والثاني: لا يعتاض عليه بحق، ﴿وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ أي لا يميل مع ذي القربى في قول الزور والشهادة بغير حق، ولا يكتم شهادة الله، عندنا فيما أوجبه من أدائها علينا.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا﴾ [المائدة: ١٠٧] وفي ﴿عُثِرَ﴾ تأويلان:

أحدهما: ظهر، حكاه ابن عيسى.

والثاني: اطلع، قاله النَّخعِيُّ.

والفرق بينهما وإن تقارب معناهما: أن الظهور ما بان بنفسه والاطلاع ما بان بالكشف عنه.

وقوله: ﴿اسْتَحَقَّا إِثْماً إِنْ كَذِبَا وخانَا﴾ [المائدة: ١٠٧] فعبر عن الكذب والخيانة بالإثم، لحدوثه عنهما، وفي الذي ﴿عُثِرَ عَلَى إِنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا﴾ قولان:

أحدهما: أنهما الشاهدان، وهذا قول ابن عباس.

والثاني: أنهما الوَصِيَّانِ، وهذا قول سعيد بن جبير. ﴿فَآخَرَانِ﴾ يعني من الورثة.

﴿يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا﴾ يعني في اليمين حين ظهر لهما الخيانة مِنَ الَّذِينَ استحق عليهما الأوليان. فيه قولان:

أحدهما: الأوليان بالميت من الورثة، وهذا قول سعيد بن جبير.

والثاني: الأوليان بالشهادة من المسلمين وهذا قول ابن عباس وشريح وسبب نزول هذه الآية، ما روى عبد الملك بن سعيد بن جبير عن أبيه عن ابن عباس، قال: خرج رجل من بني سهم، قيل: إنه ابن أبي مارية، مولى العاصي بن وائل السهمي مع تميم الداري، وعدي بن بداء فمات السهمي بأرضٍ ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته فقدوا جاماً من فضة مخوَّصاً بالذهب، فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجد الجام بمكة، فقالوا: اشتريناه من تميم الداري، وعدي بن براء، فقام رجلان من أولياء السهمي، قيل: إنه عبد الله بن عمرو بن العاص، والمطلب بن أبي وداعة فحلفا لشهادتنا أحق من

شهادتهما، وأنّ الجام لصاحبهم فنزلت فيهم هاتان الآيتان، فعند ذلك، قال النبي ﷺ «سَافِرُوا مَعَ ذَوِي الجُدُودِ والميسرة»[1].

واختلف في حكم هاتين الآيتين، هل هو منسوخ أو ثابت؟ فقال ابن عباس: حكمها منسوخ.

وقال الحسن البصري: حكمهما ثابت، وقد تجاوزنا بتفسير هاتين الآيتين حد الجواب ليعرف حكمهما، وليس مع هذا الاختلاف دليل فيهما، فإن استدل من نصر مذهب داود بما رواه غيلان عن إسماعيل بن أبي خالد عن سفيان عن عامر الشعبي، قال: شهد رجلان نصرانيان من أهل دقوقاء على وصية مسلم، وأن أهل الوصية أقرّا بهما أبا موسى الأشعري، فاستحلفهما بالله بعد العصر ما اشترينا ثمناً، ولا كتمنا شهادة بالله، إنا إذاً، لمن الآثمين، ثم قال أبو موسى، والله إن هذه لقضية ما قُضِيَ بها منذ مات رسول الله ﷺ قَبْلَ اليومِ.

قيل: هذا خلاف بين الصحابة، فلم يحج بعضهم بعضاً، لا سيما والأكثرون على خلافه.

ثم هذه قضية في عين يحتمل أن يكون لها تأويل، فامتنع أن يكون فيها دليل.

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث جابر أنه أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض فهو أنه أراد بالشهادة اليمين كقوله تعالى: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢]، وكما قال في المنافقين: ﴿قَالُوا: نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾[المنافقون: ١] أي: نحلف.

وأما الجواب عن رجم الزانيين اليهوديين: فهو أنه لم يُرْوَ أنه قبل شهادة اليهود، ويجوز أن يكون الشهود مسلمين، أو حصل مع شهادة اليهود اعتراف الزانيين.

وأما الجواب عن استدلالهم بصحة ولايتهم: فهو أن الولاية خاصة فخفّ حكمنا، لما يراعى فيها عدالة الظاهر دون الباطن، ويراعى في الشهادة عدالة الظاهر والباطن، فلذلك ردت شهادة الكافر، وإن صحت ولايته.

---

(١) أخرجه الطبري ١١/ ١٨٥، والبخاري ٥/ ٣٠٧ ـ ٣٠٩ وأبو داود ٢/ ٣٣١ (٣٦٠٦) والبيهقي ١٠/ ١٦٥ وذكره المتقي الهندي في الكنز (١٧٤٩٠).

وأما الجواب عن استدلالهم بأنهم عدول: فهو أن كتاب الله الوارد بتكذيبهم يمنع من ثبوت عدالتهم.

وأما الجواب عن قياسهم على أهل البغي، لأن فسقهم بتأويل: فهو أن من حكم بفسقه منهم لظهور الخطأ في تأويله لم تقبل شهادته، ومن كان تأويل شبهته محتملاً كانوا على عدالتهم وقبول شهادتهم.

كِتَابُ الأَقْضِيَةِ وَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ
وَمَا دَخَلَ فِيهِ مِنَ اخْتِلَافِ الْحَدِيثِ وَغَيْرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا عَبْد اللَّهِ بْن الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ الْمَخْزُومِيُّ عَنْ سَيْفِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ قَالَ عَمْرٌو فِي الأَمْوَالِ وَرَوَاهُ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ وَمِنْ حَدِيثِ جَعْفَرَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ وَرَوَاهُ عَنْ عَلِيٍّ وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَشُرَيْحٍ».

قال الماوردي: اختلف أهل العلم في الحكم بالشاهد واليمين فذهب الشافعي إلى جواز الحكم به.

وهو في الصحابة قول الأئمة الأربعة رضوان الله عليهم وأبيّ بن كعب وجابر بن عبد الله، وزيد بن ثابت وأبي هريرة رضي الله عنهم.

ومن التابعين: قول عمر بن عبد العزيز، وشريح، والحسن البصري وابن سيرين، وأبي سلمة بن عبد الرحمن.

وهو قول الفقهاء السبعة، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، ومالك وابن أبي ليلى والأوزاعي، وأحمد بن حنبل.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يحكم باليمين والشاهد، ووافقه أصحابه عليه، حتى قال محمد بن الحسن: انقض حكم الحاكم إذا حكم به.

وبه قال من التابعين: الزُّهْرِيّ، والنَّخَعِيُّ، والشعبي ومن الفقهاء: ابن شُبرمة، وسفيان الثوري. استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فجعل القضاء مقصوراً على أحد هذين الوجهين، فكان القضاء بالشاهد واليمين زيادة عليهما، والزيادة على النص تكون عندهم نسخاً.

وبرواية ابن عباس: أن النبي ﷺ أنه قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[(١)].

فخص المدعي بالبينة، والمنكِر باليمين.

وبرواية سماك عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن رجلاً من كِنْدة، ورجلاً من حضرموت أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا غصبني أرضي، ورثتها من أبي، وقال الكندي: أرضي وفي يدي، أزرعها لا حق له فيها، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ»، قال: لا، قال: «لك يمينه»، فقال الحضرمي: إنه فاجر، لا يبالي على ما حلف، إنه لا يتورع من شيء، فقال النبي ﷺ: «لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلاَّ ذَاكَ»[(٢)] فدل على أن ما عدا البينة لا يستوجب به حقاً، ولأن البينة موضوعة لإثبات الدعوى، واليمين موضوعة لإنكارها، فلما لم تنقل البينة إلى نفي المنكِر، وجب أن لا تنقل اليمين إلى إثبات المدّعي.

وتحريره قياساً: أنها حجة لأحد المتنازعين، فلم يجز أن تنقل إلى خصمه كالبينة.

ولأن نقصان العدَدِ المشروع في البينة يمنع من الحكم بها كاليمين مع المرأتين.

ولأنه لو كانت يمين المدعِي مع شهادة الشاهد تقوم مقام شاهدٍ لما قبلت فيه يمين عبد ولا فاسق، وفي إجازتكم ليمين العبد والفاسق ما يمنع أن تقوم اليمين مقام الشاهد، ولأنه لو قامت يمينه مقام شاهد لما ترتب بعد شهادة الشاهد، لأن الشاهدين لا يترتبان، ويجوز تقديم كل واحد منهما على صاحبه، وفي قولكم: إن يمينه لا تقبل إلا بعد الشاهد دليل على أنها لا تقوم مقام شاهد.

فصـــل: ودليلنـا: مـا رواه الشـافعـي فـي صـدر البـاب عـن ابـن عبـاس أن رسول الله ﷺ «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ» فإن قيل: هذا الحديث منقطع ومرسل، لأن عمرو بن دينار لم يَلْقَ ابنَ عباس؟

---

(١) اخرجه البيهقي (١٠/٢٥٢)، وأخرجه البخاري (٥/ ٣٣١) كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود (٢٠)، حديث (٢٦٦٨)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦) كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه حديث(١٧١١) كلاهما عن ابن عباس بلفظ «قضى باليمين على المدعى عليه».

(٢) أخرجه مسلم (١/ ١٢٣، ١٢٤) كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة حديث (١٣٩).

قيل: قد رواه مسلم بن خالد الزنجي عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس، وقد رواه الشافعي عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ «قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ».

فإن قيل: فهذا الحديث مَعلُولٌ، لأن عبد العزيز بن محمد قال: لقيت سهل بن أبي صالح فسألته عن هذا الحديث، فقال أخبرني ربيعة وهو عندي ثِقة أنّي حَدَّثْتُهُ إيَّاهُ، ولا أحفظه.

قال عبد العزيز: وكان أصاب سهيلاً علّةٌ ذهب بها بعض عقله، فنسي بعض حديثه، فكان سهيلٌ إذا روى هذا الحديث قال: أخبرني ربيعة عن أبي هريرة.

قيل: نسيان الراوي لا يمنع من قبول حديثه، قبل نسيانه، وليس النسيان أكثر من الموت الذي لا يرد به الحديث، وضبطه لنفسه حتى نسي الرواية فحدث بها عن ربيعة عن نفسه دليل على صحة عقله.

وقد رواه ابن المبارك عن المغيرة بن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة. فكان مروياً من طريقين ثابتين. وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ «قَضَى بِالشَّاهِدِ الوَاحِدِ مَعَ يَمِينِ مَنْ لَهُ الحَقُّ».

قال جعفر بن محمد: ولقيت الحكم بن عتيبة يسأل أبي، وقد وضع يده على جدار، ليقوم، أَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ قَالَ: نَعَمْ.

وقضى به عَلِيٌّ بين أَظْهرُكُمْ بالعراق.

وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر أن النبي ﷺ قال: أَتَانِي جِبْرِيلُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَقْضِيَ بِالْيَمِين مَعَ الشَّاهِدِ[1]

وروى مطرف بن مازن، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ «قَضَى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ»[2] وروى سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة الأنصاري عن أبيه عن النبي ﷺ «أَنَّهُ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ فِي الحُقُوقِ»[3].

وروى أبيّ بن كعب، وزيد بن ثابت أنه: قَضَى باليمين مع الشاهد، فصار هذا الحديث مروياً عن ثمانية من الصحابة، علي، وابن عباس، وأبو هريرة، وجابر بن

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٢) من هذا الطريق عن جابر.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٣) من هذا الطريق عن عمرو بن شعيب.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٤) من هذا الطريق عن سعيد بن سعيد بن عبادة عن أبيه.

عبد الله، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وأبيّ بن كعب، وزيد بن ثابت، وسعد بن عبادة رضي الله عنهم. ولعله قد رواه غيرهم، فكان من أشهر الأحاديث وأثبتها، وقد قضى علي بن أبي طالب بالكوفة باليمين مع الشاهد على المنبر.

معناه: أنه أحلف المدعي قائماً على المنبر، لا أنه حكم به وهو على المنبر.

فاعترضوا على هذا الحديث من ثلاثة أوجه:

أحدها: الطعن فيه والقدح في صحته بما حكوه عن يحيى بن معين: أن ليس في اليمين مع الشاهد عن رسول الله ﷺ خبرٌ يصحُّ.

وهذا القدح فاسدٌ، لأنَّ مالكاً، والشافعي قد أثبتاه، وقالا به، وهما أعرف بصحة الحديث وأقرب إلى زمن معرفته من يحيى، وإن كان الحكاية عنه في قدحه ضعيفة، وقد أثبته مسلم بن الحجاج في الصحيح.

والاعتراض الثاني: بعد تسليم صحته أن قالوا: يجوز أن يكون قضى بشهادة خزيمة بن ثابت، فإن النبي ﷺ قضى بشهادته وحده، وسمَّاه ذا الشَّهَادَتَيْنِ، وهذه الشهادة يخص بها خزيمة، فلم يجز أن تعتبر في غيره. وعنه جوابان:

أحدهما: أن خزيمة إنَّما شهد وحده في قصة الأعرابي حين باع النبي ﷺ فَرَساً، ثم جحده إلى أن شهد خزيمة فاعترف الأعرابي بعد شهادته، فلم يختص خزيمة إلا بهذه الشهادة.

والثاني: أنه لو كان ذلك في شهادة خزيمة، لما احتاج إلى إحلاف المدعِي مع شهادته.

والاعتراض الثالث: أن قالوا: استعمال الحديث، أنه قضى بيمين المدعى عليه مع شاهد المدعي، لقصور بَيِّنَتِهِ، في نَقْصِها عن عدد الكمال. وعنه جوابان:

أحدهما: أن قضاءه باليمين مع الشاهد موجبٌ أن يكون القضاء متعلقاً بهما، وهذا على ما قالوه متعلق باليمين دون الشاهد.

والثاني: أن في رواية علي بن أبي طالب أنه قضى بالشاهد الواحد مع يمين من له الحق إبطالاً[1] لهذا الاعتراض وإبطالاً لهذه التأويل.

ويدل عليه انعقاد الإجماع به، فقد قضى علي بن أبي طالب بالكوفة باليمين مع الشاهد على المنبر، ومعناه أنه أحلف المدعي قائماً، لا أنه حكم وهو على المنبر.

---

(١) في د إسقاطا.

وروى أبو الزناد عن عبد الله بن عامر قال: شهدت النبي ﷺ وأبا بكر، وعمر، وعثمان يقضون باليمين مع الشاهد وأخبر يحيى أنه قضى بها أبيّ بن كعب وزيد بن ثابت، وقضى بها عمر بن عبد العزيز، وكتب بها إلى خلفائه في جميع الأمصار، ومثل هذا العمل المشهور إذا لم يعارض بالخلاف كان إجماعاً منتشراً، وحجاجاً قاطعاً.

فإن قيل: فقد قال الزهري القضاء بالشاهد مع اليمين بِدْعَةٌ وأول من قضى به معاوية.

قيل: قول الزُّهري مع عمل من ذكرناه مردود وقيل: قال الشافعي: إن الزهري قضى بها حين ولي، والإثبات الموافق للجماعة أولى من النفي المخالف لهم، ويدل عليه من طريق الاعتبار أنه أحد المتداعيين، فجاز أن يكون اليمين في جنبته، كالمدعى عليه، ولأن أصول الأحكام موضوعة على أن اليمين تكون في جنبة أقوى المتداعيين، وأقواهما مع عدم الشهادة جنبة المدعي عليه، لأن الأصل براءة ذمته، فإذا حصل مع المدعي شاهد صار أقوى فوجب أن تكون اليمين في جنبته.

فصل: فأما الجواب عن استدلالهم بالآية، وأن الزيادة عليها نسخ فمن ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن النسخ عندنا رفعٌ ما لزم دوامه، والنسخ عندهم أن يصير ما كان مجزءاً، غير مجزىء، وليس في هذه الآية رفع ما لزم دوامه، فيكون نسخاً عندنا، ولا فيهما، إن صار ما يجزىء غير مجزىء، فيكون نسخاً عندهم فصرنا مجمعين على أن ليس في هذا نسخ.

والجواب الثاني: أننا قد رددنا على ما في آية الشهادة، إن قبلنا في الولادة شهادة النساء منفردات، وهم قبلوا شهادة القابلة، وحدها. فلمّا لم تكن هذه الزيادة نسخاً لم تكن اليمين مع الشاهد نسخاً.

والجواب الثالث: أن ما في آية الشهادة محمول على حال التحمل، واليمين مع الشاهد معتبرة في الأداء دون التحمل، فلم تصر زيادة على النص.

وأما الجواب عن الخبرين فهو أن اليمين التي جعلها النبي ﷺ في جنبة المدعى عليه، هي غير اليمين التي جعلناها في جنبة المدعي، لاختلافهما من وجهين:

أحدهما: وجوبها من المدعى عليه، وجوازها في جنبة المدعي.

والثاني: أن تلك للنفي، وهذه للإثبات فلم يصح المنع، وبمثله يجاب عن الاستدلال الأول.

وقياسهم على اليمين، مع المرأتين والجواب عنه أن المرأتين في الشهادة يضعفان عن حكم الرجل من وجهين:

أحدهما: أنهما يقبلان مع الرجل في الأموال فقط ويقبل الرجل مع الرجل في كل الأحكام.

والثاني: أن المرأتين لو انضاف إليهما مثلهما في الأموال فصرن أربعاً لم يحكم بهن، ويحكم بالرجل، إذا انضاف إلى الرجل، فلما كان الرجل أقوى من المرأتين، جاز أن تضاف اليمين إلى الأقوى، ويمنع منها مع الأضعف. وأما استدلالهم بيمين العبد، والفاسق، فالجواب عنه أنه ما تعلق باليمين، لم تعتبر فيه الحرية والعدالة كما لم تعتبر في يمين المدعى عليه، ولئن قامت مقام الشاهد في استيفاء الحصر، فلا يعتبر فيهما ما يعتبر في الشهادة، كالأيمان في القسامة. وأما الجواب عند استدلالهم بأن ترتيب اليمين بعد الشهادة يمنع أن يكون كالشاهد فهو أنها مقوية بشهادة الشاهد، فلذلك لم يجز أن تكون إلا بعدها، وخالف حال الشاهدين، لأن كل واحد منهما مقوٍ بصاحبه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ وَقَالَ عَمْرو وَهُوَ الَّذِي رَوَى الحَدِيثَ فِي الأَمْوَالِ وَقَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ مِنْ رِوَايَةِ مُسْلِمِ بْنِ خَالِدٍ فِي الدَّيْنِ وَالدَّيْنُ مَالٌ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لاَ يُقْضَى بِهَا فِي غَيْرِ مَا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْ مِثْلِ مَعْنَاهُ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالبَيِّنَةُ فِي دَلاَلَةِ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيِّنَتَانِ بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ هِيَ بِعَدَدِ شُهُودٍ لاَ يَحْلِفُ مُقِيمُهَا مَعَهَا وَبَيِّنَةٌ نَاقِصَةُ العَدَدِ فِي المَالِ يَحْلِفُ مُقِيمُهَا مَعَهَا».

قال الماوردي: إذا ثبت جواز الحكم بالشاهد واليمين فهو مختص بالأموال، وما كان المقصود منه المال ولا يحكم بها في غير المال من نكاح أو طلاق أو عتاق أو حد وقال مالك: أحكم بها في جميع الحقوق من الأموال والحدود، استدلالاً بأنَّ رسول الله ﷺ قَضَى بِاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، ولم يخص المال من غيره، فكان على عمومه قال: ولأن ما كان بينة في الأموال، جاز أن يكون بينة في الحدود، كالشاهدين، ولأن يمين المدعي في النكول، لمّا جاز أن تثبت بها الأموال، والحدود جاز أن يحكم بمثله في يمينه مع شاهده.

ودليلنا ما روي أن النبي ﷺ قَضَى بِالشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ قال الراوي: في الأموال، وقيل في الدين، والدين مال، فوجب أن يقضي بها في مثل ما قضى به، لأن القضايا في الأعيان لا تستعمل على العموم، لحدوثها في مخصوص، وقد روى الدارقطني

في سننه حديثاً أسنده إلى أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «اسْتَشَرْتُ جِبْرِيلَ فِي الْقَضَاءِ بَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَأَشَارَ عَلَيَّ بِذَلِكَ فِي الأَمْوَالِ لاَ تَعْدُو ذَلِكَ». وهذا نص، ولأن الشاهد والمرأتين أقوى من الشاهد واليمين، فلما لم يحكم بالشاهد والمرأتين في غير الأموال، فأولى أن لا يحكم بالشاهد واليمين فيه، ولأن الأموال نفع جهات تملكها، فاتبع حكم الشهادة بها، ولما ضاقت جهات ما عدا الأموال ضاق حكم الشهادة بها.

ولا وجه لاستدلال مالك بالحديث، لأن قضايا الأعيان لا يدعي فيها العموم.

وقياسه على الشاهدين منتقض بالشاهد والمرأتين، واستدلاله باليمين في النكول، فلوجوبها عن اختيار المدعي عليه فعمت في حقه، واليمين مع الشاهد وجبت من غير اختيار، فجعلت مقصورة على ما اتسع حكمه، ولم يَضِقْ.

فصل: فإذا ثبت اختصاص الحكم باليمين مع الشاهد في الأموال، دون غيرها. فمدعي المال إذا قدر على إثبات حقه بالخيار بين ثلاثة أشياء:

أحدهما: أن يثبته بشاهدين وهو أقواهما، فيحكم له بالمال.

والثاني: أن يثبته بشاهد وامرأتين، فيحكم له بالمال بالشاهد والمرأتين، إلا مع عدم الشاهدين، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ودليلنا هو أن الله تعالى خاطب بهذه الآية المستشهدين في توثقهم بالشهادة دون الحكام بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقد وافق مالك على جواز أن يتوثق المستشهد بشاهد وامرأتين مع القدرة على شاهدين، فدل على جواز الحكم بالشاهد والمرأتين، مع القدرة على الشاهدين، لأن مقصود التوثق بالشهادة: إثبات الحقوق بها عند الحكام.

والثالث: أن يثبته بشاهد ويمين، فإن كان مع عدم البينة الكاملة بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين، جاز وثبت به الحق، وإن كان مع القدرة على البينة الكاملة، ففي جواز إثباته بشاهد ويمين وجهان:

أحدهما: يجوز مع وجود ما هو أكمل منها، كما يجوز إثباته بشاهد وامرأتين مع وجود شاهدين.

والوجه الثاني: لا يجوز إثباته بها مع وجود البينة الكاملة، لأن نقصها عن الكمال، يبعث على الحكم بها في الاضطرار دون الاختيار.

فصل: فإن عدل المدعي عن إثبات حقه بالبينة من أحد هذه الوجوه الثلاث مع

القدرة عليها، إلى إحلاف المدعى عليه، عند إنكاره لم يمنع، لأن البينة حق له، وليست بحق عليه، فلو أقام شاهدين ثم طلب أن لا يحكم له بهما، ويحلف المدعى عليه، أجيب إلى إحلافه، فلو منع من إحلافه وطلب الحكم عليه ببينة أجيب إلى الحكم بها، وقطعت اليمين على المدعى عليه، ولو أقام شاهداً واحداً، وامتنع من اليمين معه ورضي بإحلاف المنكر، ثم رجع عن استحلافه ليحلف مع شاهده، لم يكن له ذلك، لأنه قد أسقط حقه من اليمين بما طلبه من إحلاف المنكر كما لم يكن للمنكر إذا نكل عن اليمين أن يرجع في ردها على المدعي ليحلف على إنكاره لإسقاطها في حقه بردّها على خصمه، وخالف البينة الكاملة التي لا يسقط حقه منها بطلب اليمين لأنها لا تنقل عنه إلى غيره، فإن لم يحلف المدعي مع شاهده، وطلب إحلافه المنكر، أجيب إلى إحلافه، فإن حلف برىء، ولم يكن للشاهد تأثير، وإن نكل عن اليمين لم يحكم عليه بالشاهد الواحد مع نكول المنكر وقال مالك: أحكم عليه بالشاهد الواحد، مع نكوله، ولا أحلف المدعي وإن وافق على أن لا يحكم بالنُكُول إلا مع يمين المدعي، استدلالاً بأن النكول كالشاهد، فإذا انضم إلى شاهد، صار كالشاهدين فلم يحتج معهما إلى يمين الطالب.

وهذا فاسد، لأن الشاهد في الأموال كاللَّوَثِ في الدِّماء، فلمّا لم يحكم باللَّوَثِ مع عدم الأيمان، لم يحكم بالشاهد مع عدم اليمين، ولا وجه لجعل النكول كالشاهد، لأن الشاهد مثبت، والناكل نافٍ فتضادا.

فصل: فإذا ثبت أنه لا يحكم على الناكل بالنكول مع الشاهد، لم يكن للمدعي أن يحلف مع شاهده، لإسقاط حقه من تلك اليمين بردها، على المنكر، فإن طلب أن يرد عليه اليمين التي نكل عنها المنكر، ففي جواز ردّها عليه قولان:

أحدهما: لا يجوز أن ترد عليه، لأنه قد أسقط حقه منها بردّها على المنكر، فلم تعد إليه بعد سقوطها.

والقول الثاني: وهو أصح، أنه ترد عليه هذه اليمين المستحقة بالنكول، وإن لم ترد عليه هذه اليمين المستحقة مع الشاهد، لاختلاف موجبهما فلم يكن سقوط حقة من إحداهما موجباً لسقوطه من الأخرى، مع اختلافهما في السبب الموجب، وليس التوقف عن اليمين مع الشاهد نكولاً، حتى يحكم الحاكم بنكوله فيها، بعد توقفه فإذا تقرر هذان القولان:

فإن قلنا بالأول أن يمين النكول ترد على المدعي، عرضت عليه، فإن حلف استحق ما ادّعاه بيمينه لا بشاهده، وإن نكل سقط حقه من اليمين بعد حكم الحاكم بنكوله فيها بعد توقفه وليس له أن يحكم بنكوله إلا أن يسأله المدعى عليه، أن يحكم

على المدعي بالنكول عن يمين الرد، لأن قصد الحاكم بنكوله حق له، ولا يكون نكوله عن الرد مع الشاهد قدحاً في الشاهد، فإن اقترن بشهادته شهادة غيره ثبتت البينة بهما، وحكم له بالحق، وإن انفصلت المحاكمة بالنكول لأن فصل المحاكمة بالأيمان أقوى، ولا يمنع من سماع البينة، فكان أولى أن لا يمنع في سماعها فصلها بالنكول الذي هو أضعف، فإن عدم شاهد آخر سقط حكم البينة، وخلّى سبيل المنكر.

وإن قلنا بالثاني: أن يمين النكول لا ترد على المدعي، فقد قال أبو حامد الإسفراييني: إن المنكر يحبس بالشاهد حتى يحلف أو يغرم وهذا خطأ، لأن الحبس على الحقوق يكون بعد ثبوت استحقاقها، ولم يثبت الحق بالشاهد، فلم يجز أن يحبس به ولم يجب عليه شيء ووجب تخلية سبيله.

فصل: ويتفرع على قياس هذين القولين أن ينكل المدعى عليه، إذا أنكر عن اليمين قبل شهادة الواحد عليه، وردّت يمينه على المدعي، فنكل عنها، ثم أقام شاهداً، فحلف مع شاهده بعد الحكم بنكوله، عن يمين الرد، كان جواز إحلافه مع شاهده على قولين:

أحدهما: لا يجوز أن يحلف مع شاهده إذا قيل إنه يمنع من يمين الرد، إذا امتنع من اليمين مع الشاهد.

والقول الثاني: يجوز أن يحلف مع الشاهد إذا قيل: إنه يجوز أن يحلف[1] يمين الرد، إذا امتنع من اليمين مع الشاهد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ مَالٍ يَتَحَوَّلُ إِلَى مَالِكٍ مِنْ مَالِكٍ غيْرِهِ حَتَّى يَصِيرَ فِيهِ مِثْلَهُ أَوْ فِي مِثْلِ مَعْنَاهُ قُضِيَ فِيهِ بِالشَّاهِدِ مَعَ اليَمِينِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا وَجَبَ بِهِ مَالٌ مِنْ جُرْحٍ أَوْ قَتْلٍ لاَ قِصَاصَ فِيهِ أَوْ إِقْرَارٌ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا يُوجِبُ المَالَ».

قال الماوردي: قد ثبت بما قدمناه جواز الحكم، بالشاهد، واليمين في الأموال خاصة، فكل ما كان مالاً من دين، أو عين، فالدين ما كان في الذمة من ثمن، أو قرض. والعين، ما كان في اليد من منقول، كالثوب، والعبد، أو غير منقول كالدار والأرض، فيحكم لمدعيه بشاهد ويمين، وكذلك ما استفيد به من الأموال من العقود

---

(١) في د إذا قيل لا يمنع من.

كالبيع، والإجارة، والهبة، تثبت بالشاهد واليمين، لأنها عقود موضوعة، لنقل مال من مالك إلى مالك، أو لنقل ما هو بمعنى المال من منافع الإجارة.

فصل: فأما عقد النكاح، فلا يثبت بالشاهد، واليمين، لأن مقصوده الاستمتاع والصداق تبع، وكذلك الرجعة، والطلاق، فإن تصادقا على النكاح واختلفا في الصداق، ثبت بالشاهد واليمين، لأن البينة فيه مقصورة على المال، دون النكاح، وكذلك عند الخلع، إذا اختلفا في أصله، لم يثبت إلا بشاهدين، لأن فيه طلاقاً لا يثبت إلا بهما، وإن اتفقا على أصله، واختلفا في قدر عوضه، حكم فيه بالشاهد واليمين، لأن البينة فيه مقصورة على المال، دون الطلاق.

فصل: فأما الوصيّة، فإن كانت الولاية عليها لم تثبت إلا بشاهدين، وإن كان في تملك المال بها، ثبتت بشاهد ويمين.

وأما الوكالة، فلا تثبت إلا بشاهدين سواء كانت بمال أو غير مال، لأنها عقد نيابة كالوصية.

وأما العتق، فلا يثبت إلا بشاهدين لأنه وإن كان مزيلاً لملك مالٍ فليس ينتقل من مالك إلى مالك، لأن العبد لا يملك نفسه، وكذلك التدبير لا يثبت بشاهد[1] ويمين لأنه يؤول إلى المعتق.

فأما الكتابة، فلا يثبت عقدها إلا بشاهدين، لإفضائها إلى العتق ويثبت أداء المال فيها بشاهدٍ ويمين لأنه وإن أفضى إلى العتق، فهو كالعقد الذي اتفقا عليه.

فصل: فأما السرقة فموجبة للقطع، والغرم، فإن كانت البَيِّنَةُ بشاهدين، ثبت بهما القطع، والغرم، وإن كانت بشاهد وامرأتين، أو بشاهد ويمين، ثبت بها الغرم ولم يثبت بها القطع، لأنهما قد يتميزان في الاستحقاق، لوجوب الغرم مع عدم القطع.

فصل: فأما الوقف، فإن قيل: إنه موجب لنقل الملك، من الواقف إلى الموقوف عليه، ثبت بشاهد ويمين، وإن قيل: إنه غير موجب لنقل الملك، ففي ثبوته بالشاهد واليمين وجهان، نذكرهما من بعد.

فصل: وأما الجنايات فضربان: عَمْدٌ وخطأ.

فأما الخطأ فيثبت بشاهد ويمين، لأنها مقصورة على استحقاق المال. وأما العمد فضربان:

---

(١) في د إلا بشاهدين.

أحدهما: ما لم يجب فيه قصاص، كجناية الوالد على الولد، والمسلم على الكافر والحر على العبد، فيثبت بالشاهد واليمين، لأنه لا يستحق بها إلا المال، فصارت كالخطأ.

والضرب الثاني: ما وجب فيه القصاص، فلا يثبت إلا بشاهدين، لأنه استهلاك نفس.

فإن قيل: فهلا أوجبتم بالشاهد واليمين فيه الدية دون القصاص، كما أوجبتم في السرقة بالشاهد واليمين الغرم، دون القطع؟ قيل: لأن القطع في السرقة تابع للمال، لا يثبت إلا مع استحقاقه، فصار المال فيها أصلاً، والقطع فرعاً.

والدِّيَةُ في العمد تابعة للقصاص، يكون القصاص فيها أصلاً، والدية فرعاً، فجاز أن يستحق بالشاهد واليمين الغرم في السرقة، وإن لم يستحق بالشاهد واليمين الدية في الجناية.

فأما جراح العمد، فما سقط فيه القصاص كالجَائِفَةِ، وما دون المُوضِحَةِ فيستحق بالشاهد واليمين، وما وجب فيه القصاص كالمُوضِحَةِ والأطراف لم يستحق إلا بشاهدين وما جمع بين الأمرين كالهاشمة، والمُنَقِّلة لم يثبت إلا بشاهدين.

فصل: وأما إسقاط الحقوق فضربان:

أحدهما: براءة من مال، ويثبت بشاهد ويمين.

والثاني: عفو عن حد أو قصاص، فلا يثبت إلا بشاهدين، ليكون إسقاطهما بعد الوجوب معتبراً بإيجابهما قبل السقوط.

وإن شهد شاهدان على رجل بحق فادعى المشهود عليه، ما يوجب ردّ شهادتهما، فإن كانت دعواه في جرح الشاهدين، لم تقبل منه إلا بشاهدين، وإن كانت دعواه في أن المدعي أكذب الشاهدين، حكم فيه بالشاهد واليمين لأن إكذاب المدعي لبينته، يوجب سقوط حقه، ولا يوجب جرح شهوده والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَتَى قَوْمٌ بِشَاهِدٍ أَنَّ لأَبِيهِمْ عَلَى فُلاَنٍ حَقًّا أَوْ أَنْ فُلاَناً قَدْ أَوْصَى لَهُمْ فَمَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ مَعَ شَاهِدِهِ اسْتَحَقَ وِرْثَهُ أَوْ وَصِيَّتَهُ دُونَ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ».

قال الماوردي: وصورتها في ورثة ميت، ادَّعَوْا أن لميتهم ديناً على رجل منكر، أو ادَّعَوْا وَصِيَّة وصَّى بها لميّتهم، وأقاموا على الدَّين والوصية شاهداً واحداً، فلهم ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحلفوا جميعاً مع شاهد منهم، فيستحقوا بأيمانهم مع شاهد منهم ما ادَّعوه من الدين، والوصية لأنهما من حقوق الأموال المحكوم فيها بالشاهد واليمين، ويكون الدَّين مقسوماً بينهم على قدر مواريثهم. فأما الوصية فلا يخلو حالهم فيها من أحد أمرين:

أحدهما: أن يدّعوا أن ميتهم قبلها قبل موته، فتكون الوصية بينهم على قدر مواريثهم، لأن ميتهم قد ملكها بقبوله، فصارت كسائر أمواله الموروثة عنه.

والثاني: أن يذكروا أنه لم يقبلها، وأنهم القابلون لها بعد موته، ففي كيفية استحقاقهم لها بعد أيمانهم قولان:

أحدهما: تكون بينهم بالسوية، إذا قيل: إن الوصية تملك بالقبول لأن من حكم الوصية أن يتساوى فيها أهل الوصايا، فيكون للوارثين عن ميتهم حقه من القبول، فيصيروا هم المالكين لها بالقبول من غير أن تدخل في ملك ميتهم. فعلى هذا لو كان على أبيهم دَيْنٌ لم يقض منهما.

والقول الثاني: تكون بينهم على قدر مواريثهم، إذا قيل: إن القبول يبنى على ملك سابق، من حين مات الموصي فيكون قبولهم موجباً لدخولها في ملك ميتهم، ثم ملكوها عنه بالميراث فصاروا فيها على قدر مواريثهم، فعلى هذا لو كان على أبيهم دين قضي منها.

فصل: والحال الثانية: أن يمتنعوا جميعاً من اليمين مع شاهد منهم، فلا حق لهم فيما شهد به شاهدهم من الدين والوصية.

فإن قيل: فهلاَّ استحقوا النصف، لأن لهم نصف البينة، قيل: البينة لا تتبعض في الاستحقاق لأن كل جزء من الحق لا يستحق إلا بكمال البينة، فلم يجز أن يستحق بعضه ببعض البينة، فإن مات الورثة وأراد ورثتهم أن يحلفوا مع شاهدهم فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون امتناعهم من الأيمان، لنكولهم عنها، فلا يجوز لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم، لأنهم قد أسقطوا حقوقهم من الأيمان بنكولهم.

والضرب الثاني: أن يكونوا قد توقفوا عن الأيمان ليحلفوا بها من غير نكول عنها، فيجوز لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم، ويستحقوا ما كان لهم لأن حقوقهم من الأيمان لم تسقط بالتوقف، إنما تسقط بالنكول، وليس التوقف نكولاً.

فصل: والحال الثالثة: أن يحلف بعض الورثة مع الشاهد، وينكل بعضهم، فيحكم لمن حلف بحقه من الدين والوصية، ولا شيء لمن نكل عن اليمين لأمرين:

أحدهما: أن الشاهد الواحد كاليد عند التنازع، ولو حلف بعض ذوي الأيدي حكم له بيمينه، دون من نكل كذلك هنا.

والثاني: أن الشاهد الواحد حجة، قد قبلهاً الحالف، فثبت حقه بها، وردها الناكل فسقط حقه منها، وصار كأخوين ادَّعَيَا حقاً من ميراث على منكر فنكل عن اليمين، فردت على الأخوين، فحلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف بحقه دون الناكل.

فإن قيل: إذا كان الشاهد واليمين بينة في ثبوت الحق كالشاهدين، ولو أقام أحد الورثة البينة بشاهدين حكم بالحق لمن أقام البينة ولمن لم يقمها، فهلا كان في الشاهد واليمين كذلك.

قيل: لأن الشاهدين بينة كاملة في ثبوت الحق، فثبت لجميعهم، والشاهد الواحد تكمل به البينة مع أيمانهم، فكملت بينة من حلف، ونقصت به بينة من نكل فلذلك لم يستحق الناكل واستحق الحالف.

فإن قيل: هذا ميراث يجب أن يشترك فيه جميع الورثة، كأخوين ادَّعيا داراً ميراثاً، فصدق عليه أحدهما، وأكذب الآخر، كان النصف الذي استحقه المصدق بين الأخوين، لكونه ميراثاً يوجب تساويهما فيه، فهلا كان ما استحقه الحالف مع شاهده مقسوماً بين جميعهم، لكونه ميراثاً.

قيل: الفرق بينهما أن المجحود، كالمغصوب، وغصب بعض التركة يوجب تساوي الورثة، في غير المغصوب، وليس كذلك في النكول مع الشاهد، لأنه قادر على الوصول إلى حقه بيمينه، فصار بنكوله، كالمسلم والتارك له على خصمه، وجرى ذلك مجرى أخوين أقر رجل لأبيهما بديْن، فقبله أحدهما ولم يقبله الآخر، كان حق القابل خالصاً له، لا يشاركه فيه غير القابل، لأنه تارك لحقه منه، كذلك حكم الناكل مع الحالف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَعْتُوهٌ وُقِفَ حَقُّهُ حَتَّى يَعْقِلَ فَيَحْلِفَ أَوْ يَمُوتَ فَيَقُومَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فَيَحْلِفَ وَيَسْتَحِقُّ وَلاَ يَسْتَحِقُّ أَخٌ بِيَمِينِ أَخِيهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كان في الورثة الذين أقاموا بدين ميتهم، شاهداً واحداً معتوه، أو طفل لم يستحق شيئاً بيمين من حلف كما لم يستحق البالغ العاقل إذا لم يحلف، ولا يجوز أن يستحلف المعتوه والطفل، لأنه لا حكم لأيمانهما، ولا يجوز أن يحلف وليهما، لأنه لا يثبت لأحد حق يمين غيره، ولأن النيابة في الأيمان لا تصح، ويكون حق المعتوه والطفل موقوفاً على إفاقة المعتوه، وبلوغ

الطفل، ليحلفا بعد العقل والبلوغ ويستحقا، ويكون تصرف المدعى عليه فيما يستحقان بأيمانهما نافذاً، سواء كان ديناً، أو يميناً، لأنه لم يثبت لهما بالشاهد قبل اليمين حق يوجب وقفه وإنما الوقف متوجه إلى الحكم بالحق، إن حلفا وليس عليهما قبل اليمين حق يوقف عليهما، وإن حكم باستحقاق الحالفين من شركائهما، فلا وجه لما وهم فيه بعض أصحابنا، أنه يوقف الحق عليهما فإن ماتا قبل البلوغ، والعقل قام ورثتهما مقامهما في اليمين، فيحلف الورثة في حقوق أنفسهم لأنهم ورثوا استحقاق اليمين التي يستحق بها الدين، ويصيرون مالكين لحقوقهم من الدين، بأيمانهم عن المعتوه والطفل، فإن كان على المعتوه والطفل دين قضى منه، ولو كان على الميت الأول دين قضي منه بقدر حق المعتوه والطفل، فلو اجتمع في هذا السهم دَيْنَانِ، دَيْن على الميت الأول، ودَيْنٌ على المعتوه والطفل، قضي الدينان منه، فإن ضاق السهم عنهما قدم دين الميت الأول على دين المعتوه، والطفل، لأنهما يرثان ما بقي بعد قضاء الدين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ الغَرِيمُ وَلاَ المُوصَى لَهُ مِنْ مَعْنَى الوَارِثِ فِي شَيْءٍ وَإِنْ كَانُوا أَوْلَى بِمَالِ مَنْ عَلَيْهِ اليَمِينُ فَلَيْسَ مِنْ وَجْهٍ أَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَهُ وَلاَ يَلْزَمُهُمْ مَا يَلْزَمُ الوَارِثَ مِنْ نَفَقَةِ عَبِيدِهِ الزَّمْنَى أَلاَ تَرَى أَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ مَالٌ سِوَى مَالِهِ الَّذِي يُقَالُ لِلغَرِيمِ احْلِفْ عَلَيْهِ كَانَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطُوهُ مِنْ ذَلِكَ المَالِ الظَّاهِرِ الَّذِي لَمْ يَحْلِفْ عَلَيْهِ الغَرِيمُ قَالَ وَإِذَا حَلَفَ الوَرَثَةُ فَالغُرَمَاءُ أَحَقُّ بِمَالِ المَيِّتِ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن من مات عن تركة، وعليه دين ملك الورثة تركته، وإن أحاط الدين بها، ومنعوا من التصرف فيها، إلا بعد قضاء الدين، وهم في قضائه بالخيار بين أن يقضوه منها، أو من غيرها من أموالهم، وتكون التركة كالمرهونة بالدين، والورثة فيها بمنزلة الراهن الذي يمنع من التصرف في الرهن، حتى يقضي ما فيه من الدين، إما من ماله أو من عين الرهن، والدين باقٍ في ذمة الميت، دون الورثة حتى يقضيه الورثة، وقال أبو سعيد الإِصْطَخْرِيُّ من أصحابنا: إن أحاط الدَّين بالتركة لم يملكها الورثة إلا بعد قضاء الدين، وكانت باقية على ملك الموروث فإذا قضوه انتقل ملكها إليهم، وإن أحاط الدين ببعض التركة، ملكوا من التركة ما زاد على قدر الدين، ولم يملكوا ما أحاط بقدر الدين إلا بعد قضائه.

وقال أبو حنيفة: إن أحاط الدين بجميع التركة، لم يملكوها إلا بعد قضائه وإن أحاط ببعض التركة ملكوها جميعاً، قبل قضائه مع موافقتهما، أن للورثة قضاء الدين من التركة، ومن غير التركة، واستدلاً على أن الدين مانع من ملك الورثة للتركة، إلا بعد قضائه، وتأثير هذا الخلاف يكون من وجهين:

أحدهما: ما يحدث في التركة من النماء قبل قضاء الدين، كالثمرة، والنِّتاج وأجور العقار، وكسب العبيد، يكون ملكاً للورثة على قول من جعلهم مالكين للتركة، لا يتعلق به قضاء الدين ويكون مضموماً إلى التركة على قول من جعلهم غير مالكين لها في قول من جعلها باقية على ملك الميت ليتعلق بها قضاء الدين.

والثاني: ما يجب فيه من زكاة الأعيان وفطرة العبيد، ونفقاتهم تكون على الورثة في قول من جعلهم مالكين للتركة، وتكون في التركة على قول من لم يجعلهم مالكين للتركة.

واستدل من جعل الدين مانعاً من ملك الورثة للتركة، إلا بعد قضائه بقول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولأنه لو كان في التركة أب الوارث لم يعتق عليه قبل قضاء الدين، مثل أن يكون الميت ملك عمِّه، وخلف ابن عمه حراً، وأباه مملوكاً فلا يعتق على أبيه حتى يقضي الدين، فيعتق عليه.

ولو دخل في ملكه قبل قضائه، أعتق عليه، وهذا دليل يمنع من دخول التركة في ملك الورثة قبل قضاء الدين. والدليل على انتقال الملك إلى الورثة قبل قضاء الدين، أنه لما كان للورثة منع الغرماء من أعيان التركة، وقضاء الديون من أموالهم، دل ذلك على دخولها في ملكهم، ولأنه الورثة لو لم يملكوا التركة إلا بعد قضاء الدين، لوجب إذا مات وخلف ابنين، ومات أحدهما وخلف ابناً، ثم قضى الدين أن تكون التركة، للابن الباقي دون ابن الابن.

وفي انعقاد الإجماع على أنهما تكون للابن وابن الابن اعتباراً بموت المُوَرِّث دليل على انتقال التركة إليهم بموته، ولأنه لمّا كان الورثة أحق باقتضاء ديونه من الغرماء، وكانوا أولى بالتصرف في التركة منهم، وهم لا يتصرفون إلا بحكم الملك، دل على انتقالها إلى ملكهم.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ فهو محمول على المنع من التصرف في حقوق أنفسهم إلا بعد قضائه.

وأما الجواب عن العتق، فهو أن الدين قد أوقع حجراً عليه كحجر المرتهن[1] وذلك مانع من العتق مع استقرار الملك كالرهن.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة فصورة المسألة في رجل أقام شاهداً واحداً

(١) في ا المريض.

بالدين له، ومات قبل حلفه مع شاهده فلوارثه أن يحلف مع الشاهد، ويستحق دينه، لأنه يقوم في التركة مقام موروثه. فإن حلف وعلى الميت ديون ووصايا قضي منه ديونه، ونفذت منه وصاياه وإن نكل الورثة عن اليمين وأراد الغرماء، وأهل الوصايا أن يحلفوا مع الشاهد ليستوجبوه في ديونهم، ووصاياهم ففيه قولان:

أحدهما: قاله في القديم، وهو مذهب مالك يجوز لهم أن يحلفوا؛ ويستحقوا لأن الحق إذا ثبت صار إليهم، فكانوا فيه كالورثة.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وهو أحد قوليه في القديم لا يجوز لهم أن يحلفوا؛ لأنه لو جاز أن يملكوا الدين بأيمانهم، لجاز أن يسقط بإبرائهم، وهو لا يسقط لو برئوا منه، فكذلك لا يستحق إذا حلفوا عليه.

ولأنهم لو ملكوا أن يحلفوا عليه لملكوا أن يدّعوه، ودعواهم مردودة، فكذلك أيمانهم.

ولأن الدين لو استحق بأيمانهم، لجاز أن يملك الورثة بها، ما فضل عن ديونهم، ولجاز إذا أبرؤوا الميت من ديونهم، بعد أيمانهم أن يصير ذلك ملكاً للورثة، وفي الإجماع على أن الورثة لا يملكونه، دليل على أن الميت لم يثبت له، ولأن الورثة لو أكذبوا الشاهد وصدقه الغرماء، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه، ولو صدقه الورثة وكذبه الغرماء كان للورثة أن يحلفوا معه فدل على أن ملك الدين المحلوف عليه للورثة دون الغرماء.

وهكذا لو ادّعى ورثة الميت ديناً على منكر، ونكل المنكر عن اليمين فردّت على الورثة فلم يحلفوا وأجاب غرماء الميت إلى اليمين ففي إحلافهم قولان تعليلاً بما ذكرناه.

وهكذا غرماء المفلس إذا أقام شاهداً بدين ولم يحلف معه وأجاب غرماؤه إلى اليمين لمراجع أوردت يمين النكول عليه فلم يحلف وأجاب غرماؤه إليها ففي ردها قولان:

فأما إذا وصّى الميت بعين قائمة في يد زيد، ووصّى بها لعمرو فأنكرها زيد، ونكل عن اليمين فردّت اليمين على الورثة، فإن حلفوا استحقت العين، ودفعت إلى الموصى له، وإن نكلوا وأجاب الموصى له أن يحلف عليها، فقد اختلف أصحابنا، فخرجه بعضهم على قولين، كالديون.

وقال بعضهم: للموصى له أن يحلف عليها، ويستحقها قولاً واحداً بخلاف الديون لأن الأعيان مخالفة للديون لسقوط حقوق الورثة من الأعيان وبثبوته في الدين،

لأن لهم قضاء الدين من غير التركة، وليس لهم إبدال الوصية بغير العين.

وعلى هذا لو اختلفوا في الجارية المرهونة، إذا أحبلها الراهن وادّعى وطأها بإذن المرتهن، وأنكر المرتهن الإذن فجعل القول قول المرتهن مع يمينه، في إنكار الإذن، فلم يحلف فردت اليمين على الراهن فلم يحلف وأجابت الجارية المرهونة إلى أن تحلف فخرجها أكثر أصحابنا على قولين، وجوز بعضهم أن تحلف قولاً واحداً لتعيين حقها في مصيرها أم وَلَدٍ لسيدها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ شَاهِدَاً أَنَّهُ سَرَقَ لَهُ مَتَاعَاً مِنْ حِرْزٍ يُسَاوِي مَا تُقْطَعُ فِيْهِ اليَدُ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَاسْتَحَقَّ وَلاَ يُقْطَعُ لأَنَّ الحَدَّ لَيْسَ بِمَالٍ كَرَجُلٍ قَالَ امْرَأَتِي طَالِق وَعَبْدِي حُرٌّ إنْ كُنْتُ غَصبتُ فُلاَناً هَذَا العَبْدَ فَيَشْهَدُ لَهُ عَلَيْهِ بِغَصْبِهِ شَاهِدٌ فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ الغَصْبَ وَلاَ يَثْبُتُ عَلَيْهِ طَلاَقٌ وَلاَ عِتْقٌ لأَنَّ حُكْمَ الحِنْثِ غَيْرُ حُكْمِ المَالِ».

قال الماوردي: وقد ثبت من مذهبنا أن الشاهد واليمين يحكم به في الأموال دون الحدود، فإذا ادعى سرقة مال يوجب القطع، وأقام عليها شاهداً، ويميناً وجب الغرم، وسقط القطع لأن الغرم مال والقطع حدٌّ، ولا يمتنع، إذا اجتمع في الدعوى أن يجري على كل واحد منهما حكمه لو انفرد وقد يجوز أن يثبت الغرم دون القطع إذا سرق من غير حرز، أو سرق أقل من نصاب.

ويجوز أن يثبت القطع دون الغرم، إذا وهبت له السرقة فلم يمتنع أن يثبت بالشاهد واليمين الغرم دون القطع.

فإن قيل: فهلا أوجبتم بالشاهد واليمين في قتل العمد الدية، دون القود، لأن الدية مال، والقود حدٌّ، كما أوجبتم به في السرقة الغرم، دون القطع قيل: لفرقين منعا من الجمع بينهما:

أحدهما: أن المال في السرقة أصل والقطع فرع فجاز أن يثبت حكم الأصل مع سقوط فرعه، والقود في القتل أصل، والدية فرع، فلم يجز أن يثبت حكم للفرع مع سقوط أصله.

والثاني: أن في قتل العمد قولين:

أحدهما: أنه موجب للقود، وأن الدية تجب بالعفو عن القود، واختيار الدية، فلذلك لم يستحق الدية إلا من يستحق القود.

والقول الثاني: أن قتل العمد موجب لأحد الأمرين من القود أو الدية، وإن كل

واحد منهما بدل عن الآخر يكون مستحقه مخيراً في أحدهما فإذا امتنع استحقاقهما، وثبوت الخيار فيهما امتنع وجوب أحدهما. وهذان الأمران معدومان في السرقة لجواز ثبوت الغرم دون القطع، وثبوت القطع دون الغرم.

وقد أوضح الشافعي ذلك بمثال ضربه في رجل ادّعى عبداً في يد رجل غصبه عليه، فحلف المدَّعى عليه بالعتق والطلاق أنه ما غصبه العبد الذي ادَّعاه، فإن أقام مدّعي الغصب شاهدين حكم على المدَّعى عليه بالغصب، وحكم عليه بالحنث في الطلاق، والعتاق، ولو أقام عليه شاهداً وامرأتين أو شاهداً ويميناً حكم عليه بالغصب، ولم يحكم عليه بالحنث في الطلاق والعتاق، ولأن الغصب مال، والطلاق والعتق ليسا بمال.

فصل: وذكر الشافعي في كتاب الأم إذا عمد الرامي بسهمه إنساناً، فأصابه، ونفذ السهم من الأول إلى آخر، فأصابه أن الأول عمد يوجب القود. والثاني خطأ يوجب الدية دون القود.

فإن ادعيت هذه الجناية على إنسان فأنكرها، وأقام مدّعيها شاهداً ويميناً، فإن كان العمد مما يسقط فيه القود، لأنه من والد على ولد، ومن حر على عبد أو من مسلم على كافر ثبتت الجنايتان معاً، بالشاهد واليمين، لاجتماعهما في وجوب الدية دون القود، فإن كان العمد موجباً للقود لم يثبت حكم العمد[1] بالشاهد واليمين، وفي وجوب الخطأ بالشاهد واليمين في هذا الموضع قولان:

أحدهما: يثبت به حكمه، لاختصاصه بالمال.

والقول الثاني: لا يثبت به حكمه، لأنه حدث عن عمد سقط حكمه، فسقط به حكم ما حدث عنه، والأول أصح لجواز انفراد كل واحد منهما بحكمه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ شَاهِداً عَلَى جَارِيَةٍ أَنَّهَا لَهُ وَابْنُهَا وَلَدٌ مِنْهُ حَلَفَ وَقُضِيَ لَهُ بِالجَارِيَةِ وَكَانَتْ أُمَّ وَلَدِهِ بِإِقْرَارِهِ لأَنَّ أُمَّ الوَلَدِ مَمْلُوكَةٌ وَلاَ يُقْضَى لَهُ بِالابْنِ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُهُ عَلَى أَنَّهُ ابْنُهُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يَأْخُذَهَا وَوَلَدَهَا وَيَكُونُ ابْنَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ الآتِي لَمْ يَخْتَلِفْ وَهُوَ قَوْلُهُ لَوْ أَقَامَ شَاهِداً عَلَى عَبْدٍ فِي يَدَي رَجُلٍ يَسْتَرِقُهُ أَنَّهُ كَانَ عَبْداً لَهُ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ غَصَبَهُ هَذَا بَعْدَ العِتْقِ حَلَفَ وَأَخَذَهُ وَكَانَ مَوْلَىً لَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: فَهُوَ لاَ يَأْخُذُهُ

---

(١) في د القود.

مَوْلَاهُ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَرِقُّهُ كَمَا أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ ابْنَهُ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَرِقُّهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فِي الْمَوْلَى لَزِمَهُ فِي الِابْنِ».

قال الماوردي: وصورتها في جارية ولدت ولداً في يدي رجل يسترقهما، فادعاها وولدها مُدَّع فله في دعواه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يدعيها ملكاً لنفسه، فيحكم له فيها بالشاهد واليمين، لاختصاص الدعوى بالملك.

والحال الثانية: أن يدعي أنها حرة تزوجها، وأن ولدها ابنه منها، حر، لم يجر عليه رق، فلا يحكم له بشاهد ويمين، حتى يشهد له شاهدان بدعواه، لأنها تضمنت حرية وزوجية ونسباً.

والشهادة بحريتها بينة على صاحب اليد والشهادة بالزوجية بينة عليها إن كانت معترفة بحريتها، وإن لم تعترف بحريتها كانت بينة على صاحب اليد، وتسمع البينة بحريتها، وإن لم تدعيها لما يتعلق بها من صحة نكاح المدعي، وحرية ولده منها، والشهادة بنسب الولد بينة على صاحب اليد والولد.

والحال الثالثة: وهي مسألة الكتاب أن يدعي أنها كانت أمته، وأنه أولدها هذا الولد، فصارت به أم ولد، فتعلق بدعواه في الأم حكمان:

أحدهما: أنها أمته.

والثاني: أنها أم ولده، وتعلق بها في الولد حكمان:

أحدهما: أنه ابنه.

والثاني: أنه حر، فلم يختلف مذهب الشافعي أنه يحكم له بالشاهد واليمين في الإقرار أنها أمته، وأنها أم ولده تعتق عليه بموته، لأمرين:

أحدهما: أن أحكام الرق جارية عليها في استخدامها والاستمتاع بها وإجارتها، وتملك منافعها، وأخذ القيمة من قاتلها والرق قال: «ويحكم فيه بالشاهد واليمين».

والثاني: أنه لما حرم عليه بيعها، صار الملك والدعوى مقصورين على منافعها، والمنافع في حكم الأموال المحكوم بها بالشاهد واليمين.

واختلف أصحابنا لاختلاف هذا التعليل: هل صارت أم ولد بالبينة أو بإقراره على وجهين:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي: أنها صارت أم ولد بإقراره الشاهد واليمين، فوجب تملك رقها.

والوجه الثاني: أنها صارت بالشاهد واليمين أمته وأم ولده، قضاء بالشهادة.

فصل: فأما الولد ففيه قولان:

أحدهما: وهو المشهور من مذهب الشافعي، والمنصوص عليه في كتبه، أنه لا يثبت له بالشاهد واليمين ما ادّعاه من نسبه وحريته، ويكون في يد صاحب اليد على ما يذكره فيه أنه عبده أو ولده مع يمينه، كما لو تجردت الدعوى عن بينة إلا أن يشهد بها شاهدان، فيحكم له بالنسب والحرية، لأن الدعوى لو انفردت بنسبه وبحريته لم يحكم فيها بالشاهد واليمين كذلك إذا أقر بادعاء أمته.

والقول الثاني: وحكاه المزني عنه، ولم يوجد في كتبه أنه يصير بالشاهد واليمين تبعاً لأمه في ثبوت نسبه وحريته، لأنها في الدعوى أصل متبوع، وهو فيها فرع تابع، فأوجب ثبوتُ الأصل ثبوتَ فرعه، واستشهد له المزني بما حكاه عن الشافعي في رجل ادعى عبداً في يد رجل ليسترقه أنه كان عبده، وأنه أعتقه وغصبه صاحب اليد، بعد حريته، وأقام بما ادعاه من الملك والعتق شاهداً ويميناً قضي له بالشاهد واليمين، وإن كان مقصود الدعوى استحقاق الولاء، لأنه تابع لدعوى رق وعتق. كذلك دعوى الولد، لأنه تابع لرق أمه، فاختلف أصحابنا في حكم ما استشهد به المزني من دعوى العبد المعتق، فكان أبو العباس بن سريج يسوي بينهما، ولا يفرق ويمنع من ثبوت نسب الولد وعتق العبد، وإن خرج في نسب الولد قول ثانٍ خرج في عتق العبد.

وذهب جمهور أصحابنا إلى تصحيح ما قاله المزني في عتق العبد، وفرقوا بينه وبين نسب الولد بأن العبد قد جرى عليه رق يثبت بالشاهد واليمين، فاستصحب حكمه فيه، وإن عتق بإقرار مالكه، والولد لم يجر عليه رق يستصحب حكمه فيه، فتجردت دعواه بإثبات النسب الذي لا يحكم فيه بالشاهد واليمين.

فأما التعليل بأن الولد تابع لأمه، فهو وإن كان تابعاً لها في البُنُوَّة، فهي تابعة له في الحرية، لأنها تعتق بحريته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ شَاهِداً أَنَّ أَبَاهُ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِهَذِهِ الدَّارِ صَدَقَةً مُحَرَّمَةً مَوْقُوفَةً وَعَلَى أَخَوَيْنِ لَهُ فَإِذَا انْقَرَضُوا فَعَلَى أَوْلَادِهِمْ أَوْ عَلَى المَسَاكِينِ فَمَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ ثَبَتَ حَقُّهُ وَصَارَ مَا بَقِيَ مِيرَاثاً فَإِنْ حَلَفُوا مَعاً خَرَجَتِ الدَّارُ مِنْ مِلْكِ صَاحِبِهَا إِلَى مَنْ جُعِلَتْ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَضَى الحُكْمُ فِيهَا لَهُمْ فَمَنْ جَاءَ بَعْدَهُمْ مِمَّنْ وُقِفَتْ عَلَيْهِ إِذَا مَاتُوا قَامَ مَقَامَ الوَارِثِ وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ إِلَّا وَاحِدٌ فَنَصِيبُهُ مِنْهَا وَهُوَ الثُّلُثُ صَدَقَةٌ عَلَى مَا شَهِدَ بِهِ شَاهِدُهُ ثُمَّ نَصِيبُهُ عَلَى مَنْ تَصَدَّقَ بِهِ أَبُوهُ عَلَيْهِ بَعْدَهُ أَخَوَيْهِ فَإِنْ قَالَ الَّذِينَ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِمْ بَعْدَ الاثْنَيْنِ نَحْنُ نَحْلِفُ عَلَى مَا أَبَى أَنْ يَحْلِفَ عَلَيْهِ الاثْنَانِ فَفِيهَا

قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لاَ يَكُونُ لَهُمْ إِلاَّ مَا كَانَ لِلاثْنَيْنِ قَبْلَهُمْ وَالآخَرُ أَنَّ ذَلِكَ لَهُمْ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَمْلِكُونَ إِذَا حَلِفُوا بَعْدَ مَوْتِ الَّذِي جُعِلَ لَهُمْ مِلْكٌ إِذَا مَاتَ وَهُوَ أَصَحُّ القَوْلَيْنِ وَبِهِ أَقُولُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة: هل يثبت الوقف بالشاهد واليمين، وهو مبني على اختلاف قولي الشافعي في انتقال مالك الوقف بعد زوال ملك الواقف عنه، فأحد قوليه نص عليه في هذا الموضع أنه ينتقل إلى ملك الوقف عليه، لأنه مالك لمنافعه، فاقتضى أن يكون مالكاً لرقبته.

والقول الثاني: نص عليه في كتاب الوقف أنه ينتقل إلى الله تعالى لا إلى مالكٍ كالعتق الذي بوجوده ينتقل الملك به من حق الله تعالى لا إلى مالكٍ ولمن قال بالأول فرق بين الوقف والعتق بأن الوقف يجري عليه حكم الملك في ضمانه باليد وغرم قيمته بالإتلاف والعتق لا يجري عليه حكم الملك، فلا يضمن بالتلف، ولا تغرم قيمته بالإتلاف.

فإن قيـل بالأول أنه ملك للموقف عليه حكم في إثباته بالشاهد واليمين كسائر الأموال.

وإن قيل بالثاني أن الملك زائل عنه إلى غير مالك، ففي إثباته بالشاهد واليمين لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، لا يثبت بالشاهد واليمين كالعتق لزوال الملك بهما إلى غير مالك.

والوجه الثاني: وهوقول أبي العباس بن سريج يثبت بالشاهد واليمين بخلاف العتق وإن زال الملك بهما إلى غير مالك لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن أحكام الملك باقية على الوقف في ضمانه باليد، وغرمه بالقيمة، وزائل عن المعتق، لأنه لا يضمن باليد، ولا يغرم بالقيمة.

والثاني: أن المقصود بالوقف ملك منافعه التي هي أموال، والمقصود بالعتق كمال أحكامه في ميراثه وشهادته وولايته، ولهذين الفرقين ثبت الوقف بالشاهد واليمين، ولم يثبت بهما العتق.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريجٍ وأبي إسحاق المروزي وأبي حامد

المروزي أنها مصورة في رجل مات وخلف دارا على ورثة من بنين وبنات وزوجات، فادعى أحد بنيه أن أباه وقف هذه الدار عليه، وعلى أخويه هذين دون باقي الورثة، وصدقه الأخوان على الدعوى، فيكون دعوى الإخوة على أبيهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها مصورة في رجل أجنبي خلف داراً على ولده، فادعى أجنبي منه أن صاحبها وقفها عليه، وعلى إخوته.

وتصويرها على الوجه الأول أشبه بكلام الشافعي من الوجه الثاني، وإن كان للثاني في الاحتمال وجه ضعيف، وليس هذا الاختلاف في صورة المسألة موجباً للاختلاف في حكمها على كل واحد من الوجهين، وإن اختلفت الأحكام باختلاف الصورة، ونحن نذكرهما معاً.

فأما تصويرها على الوجه الأول، وهو: أن يقول المدَّعِي، إن أبي وقف داره هذه عليّ وعلى إخوتي دون غيرنا من شركائنا في الميراث، فإذا انقرضنا، فهي على أولادنا ما بقوا، ثم على المساكين إذا انقرضوا، فإن صدَّقَه الباقون من الورثة كانت الدار وقفاً عليهم، ثم على أولادهم، ثم على المساكين بإقرار الورثة من غير يمين يلزم المستحقين لوقفها من البطن الأول، ومن بعدهم من البطون.

وإن أنكر الباقون من الورثة أن تكون وقفاً، وأقام مدعوها شاهدين صارت وقفاً بإقرار الميت عند الشاهدين، وإن أقاموا شاهداً واحداً، وقيل بأن الوقف يثبت بالشاهد واليمين، وهي مسألة الكتاب، لم يخل حال الإخوة الثلاثة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحلفوا مع شاهدهم.

والثاني: أن ينكلوا.

والثالث: أن يحلف بعضهم، وينكل بعضهم، فإن حلفوا جميعاً كانت الدار وقفاً عليهم، ومنفعتها بينهم على سواء من غير تفضيل، لأنها عطية مطلقة كالهبة، ولا حق فيها لأولادهم ما بقي أحدهم، لأنها مصورة في ترتيب البطن الأول على الثاني، فإن مات الإخوة الثلاثة لم يخل انقراضهم من أن يكون معاً في حال واحدة أو ينقرضوا واحداً بعد واحد، فإن انقرضوا معاً انتقل الوقف إلى أولادهم، واختلف في استحقاقهم له هل يكون بأيمانهم أو بأيمان آبائهم على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنهم لا يستحقونه إلا بأيمانهم مع شاهد آبائهم، لأنهم يستحقونه عن الواقف لا عن آبائهم، فلما استحقه الآباء بأيمانهم وجب أن يستحقه الأبناء بأيمانهم.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنهم يستحقونه بأيمان آبائهم، لأنه قد صار بأيمانهم وقفاً مؤبداً، فلم يجز أن يكمل للأبناء أن يصير ملكاً مطلقاً.

فإن انقرض الأبناء وأفضى الوقف إلى المساكين، فلا أيمان عليهم، لأنهم غير متعينين واستحقاقهم له معتبر بالأبناء.

فإن قيل بالظاهر من مذهب الشافعي أنهم يستحقونه بأيمان آبائهم استحقه المساكين، بتلك الأيمان.

وإن قيل: بمذهب أبي العباس بن سريج أنه لا يستحقه الأبناء إلا بأيمانهم، فله في استحقاق المساكين وجهان:

أحدهما: أنهم يستحقونه بغير يمين للضرورة في عدم التعيين.

والوجه الثاني: أنه لا حق لهم فيه، ويعود ملكاً مطلقاً.

ومن مذهب أبي العباس أن الوقف المقدر بمدة يصح، وإن كان على مذهب الشافعي لا يصح حتى يكون مؤبداً، وإن مات الإخوة الثلاثة واحداً بعد واحد، فإن مات واحد منهم عاد نصيبه إلى أخويه، وصارت منفعة الوقف بينهما نصفين، وإن مات ثانٍ عاد نصيبه إلى الباقي، فصار له جميع المنفعة إذا كان شرط الوقف المرتب أن يعود سهم من مات، استحقه هو في درجته، فإن أطلق الشرط، ففي مستحق سهم الميت قبل انقراضهم جميعهم وجهان:

أحدهما: يستحقه من في درجته كما لو كان ذلك مشروطاً.

والوجه الثاني: يستحقه المساكين حتى ينقرض جميعهم، فيستحقه البطن الثاني، وإذا وجب عود هذا الوقف إلى الباقي من الثلاثة كان في استحقاقه باليمين معتبراً باستحقاق البطن الثاني، فإن جعل لهم بغير يمين كان ما عاد إلى الباقي على أخويه مستحقاً له بغير يمين، وإن لم يجعل للبطن الثاني إلا بأيمانهم، ففيما عاد إلى الباقي عن إخوته وجهان:

أحدهما: أنه لا يستحقه إلا بيمين، لأنه صار إليه عن غيره كالبطن الثاني.

والوجه الثاني: أنه يستحقه بغير يمين، لأنه قد حلف عليه مرة، فلم يحتج إلى يمين ثانية. ومن هذا الوجه خالف البطن الثاني ثم حكم البطن الثالث بعد الثاني كحكم البطن الثاني بعد الأول.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن ينكل الإخوة الثلاثة عن اليمين مع شاهدهم، فتكون الدار بعد إحلاف بقية الورثة تركة في الظاهر، فإن كان على الميت ديون يستوعبها قضيت من ثمنها، وبطل وقفها، وإن لم تكن ديون، فكانت وصايا أمضى من

وصاياه ما احتمله الثلث، وإن لم تكن ديون ولا وصايا كانت ميراثا بين جميع الورثة يملك هو لا الإخوة الثلاثة ميراثهم منها، وتصير وقفاً بإقرارهم لأن ما ادعوه من وقفها مقبول في حقهم وغير مقبول في حق غيرهم.

فإذا انقرض الإخوة الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين، لأنه قد صار وقفاً على البطن الأول بغير يمين، فصار البطن الثاني بمثابته، وكذلك من بعدهم من البطون، وكان بقية الدار ملكاً مطلقاً لبقية الورثة، فإن مات الباقون من الورثة عن نصيبهم منها، وعاد ميراثهم إلى الإخوة الثلاثة صار جميع الدار وقفاً بإقرارهم، لأنهم ملكوا جميعها، وإن ورثهم غيرهم، وعاد الإخوة، فادعوا وقف بقيتها عليهم بعد انبرام الحكم مع من تقدمهم، فإن ادعوا عليهم بوقفها صحت الدعوى عليهم، لأنهم لو اعترفوا بوقفها صار حقهم وقفاً، وإن لم يدعوا عليهم لم تصح الدعوى عليهم، لأن انبرام الحكم مع تقدمهم قد أسقط دعواهم.

فلو بذل البطن الثاني اليمين مع الشاهد عند نكول البطن الأول عنها، ففي إحلافهم قولان:

أحدهما: لا يحلفون، لأنهم فرع لأصل صاروا له تبعاً، فإذا بطل حكم الأصل المتبوع بطل حكم الفرع التابع.

والقول الثاني: وهو أظهر لهم أن يحلفوا، لأمرين:

أحدهما: أن الوقف يصير إليهم عن الواقف لا عن البطن الأول، فصاروا في إفضائه إليهم في حكم البطن الأول.

والثاني: أنه لو امتنع البطن الثاني من الأيمان، لامتناع البطن الأول منها لملك به البطن الأول إبطال الوقف على البطن الثاني، وهذا ممتنع، فكان تمكين البطن الثاني من الأيمان غير ممتنع.

واختلف أصحابنا في أصل هذين القولين على وجهين:

أحدهما: أنهما مبنيان على اختلاف قولي الشافعي في الوقف إذا كان على أصل معدوم وفرع موجود، هل يبطل الفرع لبطلانه في الأصل؟ على قولين:

أحدهما: يبطل في الفرع كبطلانه في الأصل، لامتزاجهما في الصحة والفساد، فعلى هذا لا يجوز أن يحلف البطن الثاني مع نكول البطن الأول لبطلانه في حقوقهم، فيبطل فى حق من بعدهم.

والقول الثاني: لا يبطل في الفرع، وإن بطل في الأصل، لأن حق كل واحد منهما لا يتعداه، فعلى هذا يجوز للبطن الثاني أن يحلف مع نكول البطن الأول.

والوجه الثاني: أن المسألة أصل في نفسها، والقولان منصوصان فيها، فإذا استقر القولان فيها، إما بناءً وإما أصلاً، فقد اختلف أصحابنا في موضع القولين على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن كان البطن الأول باقين لم يكن للبطن الثاني أن يحلفوا قولاً واحداً، وإن انقرضوا فإحلاف البطن الثاني على القولين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة بعكس الأول: إن انقرض البطن الأول كان للبطن الثاني أن يحلفوا قولاً واحداً، وإن كانوا باقين، فإحلاف البطن الثاني على القولين وقول أبي إسحاق أشبه بالصواب، لأن ترتيب البطون يمنع من استحقاق الثاني مع بقاء الأول.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يحلف بعضهم، وينكل بعضهم مثل: أن يحلف من الثلاثة الإخوة واحد، وينكل اثنان، فيكون ثلثها وقفاً على الحالف بيمينه، وثلثاها ملكاً موروثاً بين الأخوين وبقية الورثة، ولا يرث الحالف منه شيئاً، لأنه مقر بأن الباقي من الدار وقف على أخويه، ويصير ما ورثه الأخوان منها وقفاً عليهما بإقرارهما وسهام باقي الورثة ملكاً لهم طلقاً.

فإن أراد البطن الثاني أن يحلفوا عليه كان على ما ذكرناه من القولين في البناء والمحل، فإن مات الإخوة الثلاثة انتقلت حقوقهم إلى البطن الثاني، وكان نصيب من ورث ولم يحلف منتقلاً إلى البطن الثاني بغير يمين، لأنه صار وقفاً عليه بإقراره بغير يمين، وكان نصيب من حلف منتقلاً إلى البطن الثاني بيمين أو بغير يمين على ما قدمناه من الوجهين في يمين البطن الثاني بعد يمين البطن الأول، ويستوي فيه ورثة الحالف وغير الحالف من البطن الثاني.

ولو مات من الإخوة اللذان لم يحلفا انتقل نصيبهم إلى الأخ الحالف بغير يمين.

ولو مات الأخ الحالف وبقي أخواه.

فإن قيل: إن أيمان البطن الأول تسقط الأيمان عن البطن الثاني انتقل نصيب الحالف إلى أخويه الناكلين، ولم ينتقل إلى البطن الثاني لاستحقاق الترتيب بين البطون.

وإن قيل: إن أيمان البطن الأول لا تُسقط الأيمان عن البطن الثاني لم ينتقل نصيب الحالف إلى أخويه، لنكولهما عن اليمين، وفي انتقاله إلى البطن الثاني إن حلفوا وجهان:

أحدهما: ينتقل إليهم، وإن كان الترتيب مستحقاً للضرورة الداعية إلى حفظ الوقف على البطون الآتية.

والوجه الثاني: لا ينتقل إلى البطن الثاني ما كان الأخوان الناكلان باقيين اعتباراً بشرط الوقف في ترتيب البطون.

فعلى هذا في مصرفه إلى انقراض البطن الأول وجهان:

أحدهما: إلى الفقراء والمساكين، حتى ينقرض البطن الأول، فيرد على البطن الثاني بعد أيمانهم.

والوجه الثاني: يصرف إلى أقرب الناس بالواقف، ويكون الأخوان الناكلان وهما من أقرب الناس به ومن في درجتهما من الأقارب فيه سواء.

فإذا مات الأخوان انتقل جميع هذا النصيب إلى البطن الثاني بعد أيمانهم، لإفضاء الوقف إليهم بعد انقراض البطن الأول.

فصل: ولو كان الإخوة الثلاثة عند ادعاء الوقف عليهم هم ورثة الواقف، ولا يشركهم غيرهم، صارت الدار وقفاً عليهم بإقرارهم، لا بالشاهد واليمين، وانتقل الوقف عنهم إلى البطن الثاني، وما يليه بغير يمين كما صار للأول بغير يمين.

فإن كان على الواقف دين يحيط بالوقف، فإن قضوه من أموالهم خلص الوقف لهم، وإن لم يقضوه لم يكن لهم بإسقاط الديون بغير بينة، ونظر:

فإن كان الواقف في المرض بطل، لأنه وصية تبطل باستغراق الديون، ولا يكون لبينتهم تأثير، وإن كان في الصحة سمعت بينتهم، وثبت الوقف بالشاهد واليمين على قول من يراه؛ لأنها عطية في الصحة، فلم ترد بالديون، وإن عدمت البينة حلف أرباب الديون على إبطال الوقف، فكان مصروفاً في ديونهم، فإن نكلوا عن الأيمان ردت على الورثة، فإن حلفوا ثبت الوقف، وإن نكلوا صرفه في أرباب الديون.

ولو كانت الدار التي أقروا بوقفها مغصوبة في يد أجنبي قضى لهم على الغاصب بالشاهد واليمين قولاً واحداً، لأن الغصب يستحق بالشاهد واليمين، والغصوب تتوجه إلى الوقف كما تتوجه إلى الملك المطلق، فإذا أزيلت يد الغاصب عنه كان على ما ذكرناه لو لم يكن مغصوباً.

فصل: وأما تصوير المسألة على الوجه الثاني في ادعاء الوقف على أجنبي بعد موته، فإن صدقهم وارثه فالدار وقف عليهم، وتنتقل عنهم إلى من بعدهم من البطون بغير يمين لمصيرها إلى البطن الأول بغير يمين، وإن أكذبهم الوارث، وأقاموا شاهداً ليحلفوا معه كان حكمهم فيها كحكمهم لو ادعوها وقفاً من أبيهم إلا في حكم واحد،

وهو أنهم إذا نكلوا عن اليمين مع شاهدهم صار جميعها ملكا طلقا للوارث، ولو كانت من أبيهم، لكان قدر مواريثهم منها وقفاً عليهم بإقرارهم، وما عدا هذا الحكم فهو في المسألتين على السواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وعَلَى أَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا قَالَ فَإِذَا حَدَثَ وَلَدٌ نَقَصَ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي الحَبْسِ وَيُوقَفُ حَقُّ المَوْلُودِ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَحْلِفَ فَيَأْخُذُ أَوْ يَدَعَ فَيَبْطُلَ حَقُّهُ وَيَرُدُّ كِرَاءَ مَا وُقِفَ لَهُ مِنْ حَقِّهِ عَلَى الَّذِينَ انْتَقَصُوا مِنْ أَجْلِهِ حُقُوقَهُمْ سَوَاءً بَيْنَهُمْ».

قال الماوردي: وهذه المسألة موافقة لما تقدمها من وجه، ومخالفة لها من وجه:

وصورتها: أن يدعي واحد من ثلاثة إخوة أن أباهم وقف هذه الدار عليهم، وعلى أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء، فجعل البطن الثاني في هذه المسألة مشاركاً للبطن الأول، وفي المسألة الأولى جعل البطن الثاني مترتباً بعد البطن الأول، وهما فيما عدا ذلك على سواء.

فإذا أقام بهذه الدعوى شاهداً ليحلفوا معه، لم يخل حال الإخوة الثلاثة من أن يكون معهم من أولادهم أحدٌ أو لا يكون.

فإن كان معهم من أولادهم واحد صاروا به في استحقاق الوقف أربعة، لأنه يشاركهم فيه، فلا يستحق نصيبه من الوقف إلا بيمينه، ولا تغنيه يمين أبيه كما لا يستحقه أحد الثلاثة إلا بيمينه، ولا يغنيه أيمان إخوته، فإن حلف معهم قسم الوقف بينهم على أربعة أسهم، وإن نكل سقط حقه، وكان حكمه كحكم أحد الثلاثة إذا نكل مع يمين أخويه على ما قدمناه، وإن لم يكن مع الإخوة الثلاثة عند ادعاء الوقف أحد من البطن الثاني، وحلفوا مع شاهدهم استحقوا الوقف بينهم أثلاثاً، لأنه لا مشارك لهم فيه عند استحقاقهم.

فإن ولد لهم ولد صار مشاركاً لهم في الوقف، وصار معهم رابعاً، فوجب أن يوقف به نصيبه من الوقف وهو الربع، لأنه واحد من أربعة، ويكون موقوفاً على يمينه بعد بلوغه، وإن كان في الوقف المرتب يأخذه في أصح الوجهين بغير يمين.

والفرق بين الأمرين أنهم في الوقف المرتب بينهم، وبين الواقف واسطة من البطن الأول قد ثبت الوقف بهم، والبطن الثاني بدل منهم، فانتقل إليهم من الوقف ما كان لهم.

وإذا كان الوقف مشتركاً، فكل بطن فيه أصل بأنفسهم من غير وسيط بينهم، وبين

الواقف، فكان حكم كل بطن فيه كحكم البطن الأول لا يسقط بأيمان بعضهم أيمان غيرهم. فإن قيل: فقد اعترف له شركاؤه بحقه فيه، فلم يحلف عليه مع اعتراف مستحقيه كما لو اعترف ثلاثة شركاء في دار برابع أنه شريكهم فيها استحق سهمه فيها بغير يمين قيل: قد اختلف أصحابنا مع نص الشافعي، على أن نصيب الحادث موقوف على يمينه بعد بلوغه على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي الفياض البصري أن الجواب محمول على أن الواقف شرط في وقفه أن من لم يقبله كان نصيبه على شركائه، فلذلك حلف الحادث إن صدقه الشركاء، لأنه يصير من أهله بقبوله، وقبولُه يكون بيمينه، لأن سهمه إذا لم يقبل عائد عليهم، ولو لم يشترط الواقف هذا استحق الحادث سهمه باعتراف شركائه بغير يمين كالدار المملوكة بين الشركاء الثلاثة إذا اعترفوا بشريك رابع فيها.

والوجه الثاني: وهو قول بعض البصريين أيضاً أنه محمول على إطلاق الوقف إذا قيل: إن سهم من لم يقبل أو مات بعد قبوله، ولم يكن له ولد راجع على الشركاء، فيستحلف الحادث، ويرجع على الشهداء إن لم يحلف.

فأما إذا قيل: إن سهمه راجع على الفقراء والمساكين لم يستحلف الحادث، ولم يرجع على الشركاء إن لم يحلف، لأن أصحاب الشافعي قد اختلفوا في مذهبه في الوقف إذا لم يقبله أحد أربابه، هل يكون نصيبه مع إطلاق شرط الوقف عائداً على شركائه أو على الفقراء والمساكين؟ على وجهين:

والوجه الثالث: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه محمول على الأموال كلها في أن الحادث لا يستحق نصيبه، وإن اعترف له الشركاء إلا بيمينه، وفرق بين الوقف، وبين الدار المملوكة بين الشركاء بفرقين:

أحدهما: أنهم في الوقف مُقِرُّون على الواقف، وفي غير الوقف مقرون على أنفسهم.

والفرق الثاني: أن في الوقف حقاً للبطن الثاني، فلم ينفذ إقرارهم عليه، وليس في الملك حق لغيرهم.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا كان سهم الرابع وهو الربع موقوفاً على يمينه بعد بلوغه، ولو حدث خامس وقف له خمس الوقف على يمينه بعد بلوغه، فإن بلغ الحادثان لم يخل حالهما بعد بلوغهما من ثلاثة أحوال:

إما أن يحلفا أو ينكلا أو يحلف أحدهما، وينكل الآخر.

فإن حلفا استحق الرابع الربع قبل حدوث الخامس، والخمس بعد حدوثه، واستحق الخامس الخمس لا غيره، وإن نكلا جميعاً رد ما وقف من ربع الرابع وخمس الخامس على الإخوة الثلاثة.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر سقط حق الناكل، وصار الوقف بين أربعة، فيكمل للرابع ربع الوقف من حين حدوثه، وإلى وقت يمينه، ويرد ما زاد عليه على الإخوة الثلاثة. وبالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ مَاتَ مِنَ المُنْتَقِصِ حُقُوقُهُمْ أَحَدٌ فِي نِصْفِ عُمْرِ الَّذِي وُقِفَ لَهُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ رَدُّ حِصَّةِ المُوْقفِ عَلَى مَنْ مَعَهُ فِي الحبْس وَأُعْطِيَ وَرَثَةُ المَيِّتِ مِنهُمْ بِقَدْرِ مَا اسْتَحَقَّ مِمَّا رُدَّ عَلَيْهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) أَصْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنْ المُحبِسَ أَزَالَ مِلْكَ رَقَبَتِهِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنَّمَا يَمْلِكُ المُحْبَسُ عَلَيْهِ مَنْفَعَتَهُ لاَ رَقَبَتَهُ كَمَا أَزَالَ المُعْتِقُ مِلْكَهُ عَنْ رَقَبَةِ عَبْدِهِ وَإِنَّما يَمْلِكُ المُعْتَقُ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ لاَ رَقَبَتِهِ وَهُوَ لاَ يُجِيزُ اليَمِينَ مَعَ الشَّاهِدِ إِلاَّ فِيمَا يَمْلُكُه الحَالِفُ فَكَيْفَ يُخْرِجُ رَقَبَةَ مِلْكَ رَجُلٍ بِيَمِينِ مَنْ لاَ يَمْلِكُ تِلْكَ الرَّقَبَةَ وَهُوَ لاَ يُجيزُ يَمِينَ العَبْدِ مَعَ شَاهِدِهِ بِأَنَّ مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ مَا كَانَ السَّيِّدُ يَمْلِكُهُ مِنْ رَقَبَتِهِ فَكَذَلِكَ يَنْبَغِي فِي قِيَاس قَوْلِهِ أَنْ لاَ يُجِيزَ يَمِينَ المُحْبَسِ عَلَيْهِ فِي رَقَبَتِهِ الحَبْسُ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ مَا كَانَ المُحْبِسُ يَمْلِكُهُ مِنْ رَقَبَتِهِ (قال المزني) وَإِذَا لَمْ تَزُلْ رَقَبَةُ الحَبْس بِيَمِينِهِ بَطَلَ الحَبْسُ مِنْ أَصْلِهِ وَهَذَا عِنْدِي قِيَاسُ قَوْلِهِ عَلَى أَصْلِهِ الَّذِي وَصَفْتُ وَلَوْ جَازَ الحَبْسُ عَلَى مَا وَصَفَ الشَّافِعِيُّ مَا جَازَ أَنْ يُقِرَّ أَهْلَهُ أَنَّ لَهُمْ شَرِيكاً وَيُنْكِرَ الشَّرِيكُ الحَبْسَ فَيَأْخُذُونَ حَقَّهُ لامْتِنَاعِهِ مِنْ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُمْ فَأَصْلُ قَوْلِهِ أَنَّ حَقَّ مَنْ لَمْ يَحْلِفَ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَحْلِفَ لَهُ وَوَارِثُهُ إِنْ مَاتَ يَقُومُ مَقَامَهُ وَلاَ يَأْخُذُ مِنْ حَقٍّ أَقَرَّ بِهِ لِصَاحِبِهِ شَيْئاً لأَنَّ أَخْذَهُ ذَلِكَ حَرَامٌ».

قال الماوردي: والمسألة مصورة في الوقف المشترك إذا وقف سهم من حدث على يمينه بعد الشاهد، فمات بعض أهله، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يموت بعض من حلف، كأنه وقف سهم رابع حادث، فمات أحد الإخوة الثلاثة الذين حلفوا بعد أن مضى للصبي الحادث الموقوف[1] سهمه نصف عمر الصِّغَرِ، وهو سبع سنين ونصف، لأن مدة الصغر من وقت الولادة إلى زمان البلوغ، وذلك خمس عشرة سنة، فيوقف للحادث بعد موت أحد الثلاثة بعد أن كان الموقف له

(١) في ا الموقوف.

الربع، لأنه كان قبل موت أحد الثلاثة واحدا من أربعة، فكان نصيبه الربع، وصار بعد موت الثالث واحداً من ثلاثة، فصار نصيبه الثلث، فإن بلغ الحادث، وحلف استحق جميع ما وقف له من الربع في النصف الأول من عمر صغره، والثلث في النصف الثاني من عمر صغره.

وإن نكل عن اليمين سقط حقه من الوقف، ورد الربع الموقوف في الأول على الأخوين الباقيين وعلى ورثة الميت الثالث، ورد الثلث الموقوف في الآخر على الأخوين خاصة دون ورثة الثالث، لأن الميت يستحق استرجاع ما وقف في حياته، ولا يستحق استرجاع ما وقف بعد موته.

فصل: والضرب الثاني: أن يموت الحادث الموقوف سهمه قبل بلوغه، فيقوم ورثته فيه مقامه لانتقال حقه إليهم بالموت، وهكذا لو وقف سهم مجنون حتى يُفيق [فمات بعد بلوغه وقبل إفاقته قام ورثته مقامه، فيحلفون ويستحقون أو ينكلون][1] فيرد على أهل الوقف وإذا كان هكذا لم يخل حال وارث هذا الميت من ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يرثه عمومته الثلاثة الذين حلفوا، فهل يلزمهم في ميراث سهمه أن يحلفوا على استحقاقه له أم لا؟ على وجهين، قدمناهما في الوقف المرتب:

أحدها: لا يلزمهم أن يحلفوا، لأنهم قد حلفوا.

والوجه الثاني: يلزمهم أن يحلفوا، لأنهم حلفوا في حقوق أنفسهم، وهذه يمين في حق غيرهم، فإن نكلوا عن هذه اليمين لم يستحقوا سهم الميت، وإن استحقوا سهام أنفسهم.

والضرب الثاني: أن يكون ورثة الميت ممن لا مدخل لهم في الوقف كالزوجة والأم والجدة والإخوة والأخوات للأم، فلا حق لهم في سهمهم الموقوف إلا بعد أيمانهم، لأنه لما لم يستحقه الميت إلا بيمينه لم يستحقه ورثته إلا بأيمانهم، فإن حلفوا جميعاً استحقوا جميع الموقوف، وإن حلف بعضهم، ونكل بعضهم استحق الحالف منهم قدر نصيبه، ورد نصيب من لم يحلف على الإخوة الثلاثة.

والضرب الثالث: أن يكون وارثه ممن له مدخل في الوقف كموت المجنون عن حملٍ ولد بعد موته، فيوقف ما ورثه عن سهم أبيه على يمينه بعد بلوغه، ويستأنف له وقفَ سهمه في حق نفسه من أصل الوقف على يمينه بعد بلوغه، فيصير الموقوف له سهمين: سهم أبيه وسهم نفسه.

---

(١) سقط ف آ.

فإذا بلغ، ففي يمينه وجهان:

أحدهما: يحلف يميناً واحدة على استحقاقه لسهم نفسه، فيستحق بها سهم أبيه، وسهم نفسه إذا قيل: إن عمومته لو ورثوه لم يحلفوا، فإن حلف على استحقاق سهم أبيه استحقه؛ ولم يستحق سهم نفسه، لأنه قد يستحق سهم أبيه من ليس من أهل الوقف.

والوجه الثاني: يحلف يمينين، ويستحق بإحداهما سهم أبيه، ويستحق بالآخر سهم نفسه، إذا قيل: إن عمومته لو ورثوه حلفوا.

وإذا كان كذلك، فله أربعة أحوال:

الأولى: أن يحلف اليمينين فيستحق بهما السهمين.

والحال الثانية: أن ينكل عن اليمينين، فلا يستحق السهمين.

والحال الثالثة: أن يحلف على حق أبيه، ولا يحلف على حق نفسه، فيستحق سهم أبيه، ولا يستحق سهم نفسه، ويخرج أن يكون من أهل الوقف.

والحال الرابعة: أن يحلف على حق نفسه، ولا يحلف على حق أبيه، فيستحق سهم نفسه، ويصير من أهل الوقف، ولا يستحق سهم أبيه، ويرد على الإخوة الثلاثة.

فصل: فأما المزني، فكلامه يشتمل على فصلين، قد تقدم الكلام عليهما:

أحدهما: أن الوقف كالعتق الذي يزول به الملك إلى غير مالك، فلا يجوز أن يحكم فيه بالشاهد واليمين، كذلك الوقف لا يحكم فيه بالشاهد واليمين فعلق على هذا الفصل حكمين:

أحدهما: أن جعل الوقف غير مملوك الرقبة، وهو أحد القولين.

والقول الثاني هو مملوك الرقبة، وقد ذكرنا توجيه القولين.

والحكم الثاني: أنه لا يثبت بالشاهد واليمين، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه، فعلى قول أبي إسحاق المروزي لا يثبت بالشاهد واليمين كالعتق، مُوافقةً للمزني فيه.

وعلى قول أبي العباس يثبت بالشاهد واليمين، بخلاف العتق، وإن لم يملكا، فخالفه المزني لما ذكره من الفرقين بين الوقف والعتق.

والفصل الثاني: أن الإخوة الثلاثة إذا حلفوا، وصار بأيمانهم وقفاً، وانتقل إلى غيرهم لم يحلف، ولا يرد سهم من نكل على الحالفين، لاعترافهم أنه لا حق لهم فيه، فعلق على هذا الفصل حكمين:

أحدهما: أنه لا يحلف من دخل في الوقف بعد أيمان من تقدمه.

وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه بما أغنى عن إعادته.

والحكم الثاني: أنه لا يرد سهم الناكل على الحالف، وقد ذكرنا وجوه أصحابنا في موضوع المسألة، وليس بممتنع أن يرد عليهم، وإن اعترفوا له بالحق، لأن امتناعه من اليمين امتناع من القبول، وتركه لقبول الوقف يجعله فيه كالمعدوم في ردّه على الموجودين من أهله، والله أعلم.

بَابُ الخِلَافِ فِي اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ بَعْضُ النَّاسِ فَقَدْ أَقَمْتُم الْيَمِينَ مَقَامَ شَاهِدٍ قُلْتُ وَإِنْ أَعْطَيْتُ بِهَا كَمَا أَعْطَيْتُ بِشَاهِدٍ فَلَيْسَ مَعْنَاهَا مَعْنَى شَاهِدٍ وَأَنْتَ تُبَرِّىءُ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِشَاهِدَيْنِ وَبِيَمِينِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَتُعْطِي المُدَّعِي حَقَّهُ بِنُكُولِ صَاحِبِهِ كَمَا تُعْطِيهِ بِشَاهِدَيْنِ أَفَمَعْنَى ذَلِكَ مَعْنَى شَاهِدَيْنِ؟ قَالَ فَكَيْفَ يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ عَلَى وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا مَيِّتٌ أَوْ أَنَّ لأَبِيهِ حَقًّا عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ صَغِيرٌ وَهُوَ إِنْ حَلَفَ حَلَفَ عَلَى مَا لَمْ يَعْلَمْ قُلْتُ فَأَنْتَ تُجِيزُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ فُلَاناً ابْنُ فُلَانٍ وَأَبُوهُ غَائِبٌ لَمْ يَرَيَاهُ قَطُّ وَيَحْلِفَ ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً مَشْرِقِياً اشْتَرَى عَبْداً ابْنَ مَائَةِ سَنَةٍ مَغْرِبِيًّا وُلِدَ قَبْلَ جَدِّهِ فَبَاعَهُ فَأَبَقَ أَنَّكَ تُحْلِفُهُ لَقَدْ بَاعَهُ بَرِيئاً مِنَ الإِبَاقِ عَلَى البَتِّ قَالَ مَا يَجِدُ النَّاسُ بُدّاً مِنْ هَذَا غَيْرَ أَنَّ الزُّهْرِيَّ أَنْكَرَهَا قُلْتُ فَقَدْ قَضَى بِهَا حِينَ وُلِّيَ أَرَأَيْتُ مَا رَوَيْتُ عَنْ عَلِيٍّ مِنْ إِنْكَارِهِ عَلَى مَعْقِلٍ حَدِيثَ بِرْوَعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لَهَا المَهْرَ وَالمِيرَاثَ وَرَدَّ حَدِيثَهُ وَمَعَ عَلِيٍّ زَيْدٌ وَابْنُ عُمَرَ فَهَلْ رَدَدْتَ شَيْئاً بِالإِنْكَارِ فَكَيْفَ يُحْتَجُّ بِإِنْكَارِ الزُّهْرِيِّ وَقُلْتُ لَهُ وَكَيْفَ حَكَمْتَ بِشَهَادَةِ قَابِلَةٍ فِي الاسْتِهْلَالِ وَهُوَ مَا يَرَاهُ الرِّجَالُ أَمْ كَيْفَ حَكَمْتَ عَلَى أَهْلِ مَحَلَّةٍ وَعَلَى عَوَاقِلِهِمْ بِدِيَةِ المَوْجُودِ قَتِيلاً فِي مَحَلَّتِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ وَزَعَمْتَ أَنَّ القُرْآنَ يُحَرِّمُ أَنْ يَجُوزَ أَقَلُّ مِنْ شَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَزَعَمْتُ أَنَّ سُنَّةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ اليَمِينَ بَرَاءَةٌ لِمَنْ حَلَفَ فَخَالَفْتَ فِي جُمْلَةِ قَوْلِكَ الكِتَابَ وَالسُّنَّةَ أَرَأَيْتَ لَوْ قَالَ لَكَ أَهْلُ المَحَلَّةِ أَتَدَّعِي عَلَيْنَا فَأَحْلِفْ جَمِيعَنَا وَأَبْرِئْنَا قَالَ لَا أُحْلِفُهُمْ إِذَا جَاوَزُوا خَمْسِينَ رَجُلاً وَلَا أُبْرِئُهُمْ بِأَيْمَانِهِمْ وَأُغَرِّمُهُمْ قُلْتُ فَكَيْفَ جَازَ لَكَ هَذَا قَالَ رَوَيْنَا هَذَا عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَقُلْتُ فَإِنْ قِيلَ لَكَ لَا يَجُوزُ عَلَى عُمَرَ أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ وَالسُّنَّةَ وَقَالَ عُمَرُ نَفْسُهُ البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ قَالَ لَا يَجُوزُ أَنْ أَتَّهِمَ مَنْ أَثِقُ بِهِ وَلَكِنْ أَقُولُ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَقَوْلُ عُمَرَ عَلَى الخَاصِّ: قُلْتُ فَلِمَ لَمْ يَجُزْ لَنَا مِنْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا أَجَزْتَ لِنَفْسِكَ مِنْ عُمَرَ؟ قُلْتُ وَقَدْ رَوَيْتُمْ أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ فَجَلَبَهُمْ إِلَى مَكَّةَ وَهُوَ مَسِيرَةَ

اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ يَوْماً فَأَحْلَفَهُمْ فِي الحِجْرِ وَقَضَى عَلَيْهِمْ بِالدِّيَةِ فَقَالُوا مَا وَقَتْ أَمْوَالَنَا أَيْمَانُنَا وَلاَ أَيْمَانُنَا أَمْوَالَنَا فَقَالَ حَقَنْتُمْ بِأَيْمَانِكُمْ دِمَاءَكُمْ فَخَالَفْتُمْ فِي ذَلِكَ عُمَرَ فَلاَ أَنْتُمْ أَخَذْتُمْ بِكُلِّ حُكْمِهِ وَلاَ تَرَكْتُمُوهُ وَنَحْنُ نَرْوِي عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالإِسْنَادِ الصَّحِيحِ أَنَّهُ بَدَأَ فِي القَسَامَةِ بِالمُدَّعِينَ فَلَمَّا لَمْ يَحْلِفُوا قَالَ تُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِيناً وَإِذْ قَالَ تُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ فَلاَ يَكُونُ عَلَيْهِمْ غُرْمٌ وَيُرْوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ بَدَأَ المُدَّعَى عَلَيْهِمْ ثُمَّ رَدَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعِينَ وَهَذَانِ جَمِيعاً يُخَالِفَانِ مَا رَوَيْتُمْ عَنْهُ وَقَدْ أَجَزْتُمْ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَهُمْ غَيْرُ الَّذِينَ شَرَطَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ تَجُوزَ شَهَادَتُهُمْ وَرَدَدْتُمْ سُنَّةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ قَالَ فَإِنَا أَجَزْنَا شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ قُلْتُ سَمِعْتُ مَنْ أَرْضَى يَقُولُ مِنْ غَيْرِ قَبِيلَتِكُمْ مِنَ المُسْلِمِينَ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ اللَّهِ جَلَّ وَعَزَّ ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ قُلْتُ وَالمُنَزَّلُ فِيهِ هَذِهِ الآيَةُ رَجُلٌ مِنَ العَرَبِ فَأَجَزْتُ شَهَادَةَ مُشْرِكِي العَرَبِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ قَالَ: لا، إِلاَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الكِتَابِ قُلْتُ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ لاَ إِلاَّ شَهَادَةَ مُشْرِكِي العَرَبِ فَمَا الفَرْقُ فَقُلْتُ لَهُ أَفَتُجِيزُ اليَوْمَ شَهَادَةَ أَهْلِ الكِتَابِ عَلَى وَصِيَّةِ مُسْلِمٍ كَمَا زَعَمْتَ أَنَّهَا فِي القُرْآنِ؟ قَالَ لاَ لأَنَّهَا مَنْسُوخَةٌ قُلْتُ بِمَاذَا؟ قَالَ بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ قُلْتُ فَقَدْ زَعَمْتَ بِلِسَانِكَ أَنَّكَ خَالَفْتَ القُرْآنَ إِذْ لَمْ يُجِزِ اللَّهُ إِلاَّ مُسْلِماً فَأَجَزْتَ كَافِراً وَقَالَ لِي قَائِلٌ إِذَا نَصَّ اللَّهُ حُكْماً فِي كِتَابِهِ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَكَتَ عَنْهُ وَقَدْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ وَلاَ يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ مَا لَيْسَ فِي القُرْآنِ قُلْتُ فَقَدْ نَصَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الوُضُوءَ فِي كِتَابِهِ فَأَحْدَثَ فِيهِ المَسْحَ عَلَى الخُفَّيْنِ وَنَصَّ مَا حَرَّمَ مِنَ النِّسَاءِ وَأَحَلَّ مَا وَرَاءَهُنَّ فَقُلْتُ لاَ تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلاَ عَلَى خَالَتِهَا وَنَصَّ المَوَارِيثَ فَقُلْتَ لاَ يَرِثُ قَاتِلٌ وَلاَ مَمْلُوكٌ وَلاَ كَافِرٌ وَإِنْ كَانُوا وَلَداً أَوْ وَالِداً وَنَصَّ حَجْبَ الأُمِّ بِالإِخْوَةِ فَحَجَبْتَهَا بِأَخَوَيْنِ وَنَصَّ لِلْمُطَلَّقَةِ قَبْلَ أَنْ تُمَسَّ نِصْفَ المَهْرِ وَرَفْعَ العِدَّةِ فَقُلْتَ إِنْ خَلاَ بِهَا وَلَمْ يَمَسَّهَا فَلَهَا المَهْرُ وَعَلَيْهَا العِدَّةُ فَهَذِهِ أَحْكَامٌ مَنْصُوصَةٌ فِي القُرْآنِ فَهَذَا عِنْدَكَ خِلاَفُ ظَاهِرِ القُرْآنِ وَاليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ لاَ يُخَالِفُ ظَاهِرَ القُرْآنِ شَيْئاً وَالقُرْآنُ عَرَبِيٌّ فَيَكُونُ عَاماً يُرَادُ بِهِ الخَاصُّ وَكُلُّ كَلاَمٍ احْتَمَلَ فِي القُرْآنِ مَعَانِي فَسُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَدُلُّ عَلَى أَحَدِ مَعَانِيهِ مُوَافِقَةٌ لَهُ لاَ مُخَالِفَةٌ لِلْقُرْآنِ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَا تَرَكْنَا مِنَ الحُجَّةِ عَلَيْهِمْ أَكْثَرُ مِمَّا كَتَبْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: يريد الشافعي بمن حكى عنه بعض الناس، إما محمد بن الحسن أو غيره من فقهاء العراق أنه اعترض على الشافعي في حكمه بالشاهد واليمين في

الأموال دون غيرها، بأنه لو أقام مقام الشاهدين في الأموال، لقام مقامهما في غير الأموال، فأجاب الشافعي عن هذا، وإن كنا قد قدمنا من دلائل إثباته، ونفيه وما أوضح به الشافعي حجاجه، وأبطل به قول من رد عليه، فيحسن توضيحه، وإن تقدم ما أغنى عنه، فقال الشافعي لمن عارضه بهذا الرد: « أنا وإن أعطيت بها»، يعني: باليمين مع الشاهد ما أعطى بشاهدين «فليس معناها معنى شاهد» يعني فليس معناها في كل موضع معنى شاهد، وإن كان معناها في هذا الموضع معنى شاهد ثم بين له الشافعي فساد اعتراضه، فقال: «وأنت تبرىء المدعي عليه بشاهدين، وبيمينه إن لم تكن له بَيِّنَةٌ، وتعطي المدعي حقه بنكول صاحبه كما تعطي بالشاهدين، أفمعنى ذلك معنى شاهدين؟» يعني أن المدعى عليه يبرأ بيمينه كما يبرأ بشاهدين، وإن لم تكن اليمين في كل موضع كالشاهدين، وأنه يحكم للمدعي بنكول صاحبه كما يحكم له بشاهدين، وإن لم يكن النكول في كل موضع كالشاهدين صح، وأن الحكم بالشاهد والمرأتين في موضع لا يوجب الحكم بهم في كل موضع، كذلك الحكم باليمين مع الشاهد في موضع لا يوجب الحكم به في كل موضع، وهذا جواب مقنع.

فصل: وحكى الشافعي عن المعترض عليه اعتراضاً ثانياً، فقال في الرد على الحكم بالشاهد واليمين: «وكيف يحلف مع شاهده على وصية أوصى بها ميت أو أن لأبيه حقاً على رجل آخر، وهو صغير؟ وهو إن حلف حلف على ما لا يعلم»؟

يريد المعترض بهذا الفصل أن اليمين تكون فيما يقطع الحالف بصحته، وأنتم تحلفونه مع شاهده فيما لا يقطع بصحته من وصية ميت له وفي دين أبيه إذا مات عنه، وهو صغير، وهو لا يقطع بصحة الوصية، ولا باستحقاق الـدين؟.

فأجاب الشافعي عن هذا الاعتراض برده من وجهين:

أحدهما: أنه قال للمعترض: «وأنت تجيز أن يشهد أن فلان ابن فلان، وأبوه غائب لم ير أباه قَطُّ»، يعني في الشاهد يشهد له بالنسب أو في الولد يحلف على نسبه، وإن لم ير أباه، ولا سبيل لهما إلى القطع بصحة النسب، فلم يمتنع مثل ذلك في اليمين مع الشاهد، لأن للحالف طريقاً إلى العلم به من وجه يقع في نفسه صدقه إما من أخبار تَوَاتَرَ القطع بها، وإما أخبار آحاد يقع في النفس صدقها.

والثاني: أن قال للمعترض: «وأنت تحلف ابن خمس عشرة سنة مشرقياً اشترى عبداً ابن مائة سنة مغربياً ولد قبل جده، فباعه، فأبق، أنك تحلفه، لقد باعه بريئاً من الإباق على البتِّ، فأجابه المخالف بأن قال: «ما يجد الناس بداً من هذا»، وهذا اعتذار من يضيق عليه الانفصال، وليس بجواب.

وطرق العلم في هذا ممتنعة، ولا يمنع من اليمين فيه على البت، فكيف يمنع منها مع الشاهد فيما تكثر طرق العلم بصحته.

فأما مذهبنا في يمين هذا الصبي، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن يمينه على البت والقطع، كقول العراقيين، وإنما أورده الشافعي على وجه المعارضة دون الإنكار.

والوجه الثاني: أن يحلفه على العلم دون القطع، فيحلف بالله لقد باعه، ولا يعلم أنه آبق، لأنه غاية ما يقدر عليه، فيكون ذكر الشافعي له على وجه المعارضة، وإنكار إحلافه على البتّ.

فصل: وحكى الشافعي عنه اعتراضاً ثالثاً، قدح به في خبر اليمين مع الشاهد، أن الزهري أنكرها، فجعل إنكار الزهري قدحاً في الخبر، ومانعاً من العمل به.

وأجاب الشافعي عنه بجوابين، وأجاب أصحابه عنه بجوابين.

أحد جوابي الشافعي ما رواه الزهري قضاءً باليمين مع الشاهد حين ولي، ولا يثبت إنكارها مع العمل بها.

والثاني: أن علياً عليه السلام قد أنكر على معقل بن يسار ما رواه من حديث بروع بنت واشق أن زوجها مات عنها قبل الدخول، وقد نكحها على غير صداق، وأن النبي ﷺ جَعَلَ لَهَا المَهْرَ وَالمِيرَاثَ.

ووافق علياً في إنكاره على معقل بن يسار من جلة الصحابة زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، فعمل به أبو حنيفة، ولم يرده بإنكار عدد من أكابر الصحابة.

ورد علينا حديث اليمين مع الشاهد بإنكار الزهري، وهو واحد من التابعين، وأحد جوابي أصحابه أن إنكار الزهري للقضاء باليمين مع الشاهد إنما كان في الدماء دون الأموال حين بلغه أن معاوية قضى به في الشجاج.

والثاني: أنه قد تقابل في الزهري إنكاره وعمله، فسقطا بالمعارضة، ولم يكن في أحدهما حجة.

فصل: ثم إن الشافعي عارضهم في هذا الفصل الرابع، بما تناقضت فيه مذاهبهم، وخالفوا به أصول الكتاب والسنة من وجهين:

أحدهما: أنهم حكموا في الاستهلال بشهادة امرأة واحدة، وهو مما يراه الرجال، وهذا إنما أورده عليهم، لأنهم منعوا من اليمين مع الشاهد، لأن الله تعالى قد استوفى الشهادات في كتابه، ولم يذكر اليمين مع الشاهد، فصار زائداً على النص

المفضي إلى النسخ، فأورد عليهم شهادة المرأة الواحدة في الاستهلال عند التنازع فيه وليست المرأة الواحدة ببينة، ولا لها في النص ذكر، والشاهد واليمين أقوى منها، فكيف رددتم الأقوى، وأجزتم الأضعف؟، وجعلتم الأقوى زائداً على النص المفضي إلى النسخ، ولم تجعلوا ذلك في الأضعف؟ هل هو إلا تناقض في القول وإبطال لمعنى النص في شهادة النساء بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فاقتصروا على المرأة الواحدة، وإن لم تذكر إحداهما الأخرى.

والثاني: أن قال لمعتقد مذهب أبي حنيفة: كيف حكمت على أهل محلة، وعلى عواقلهم بدية الموجود قتيلاً في محلتهم في ثلاث سنين؟ وزعمت أن القرآن يحرم أن يجوز أقل من شاهد وامرأتين وزعمت أن سنة رسول الله ﷺ تدل على أن اليمين براءة لمن حلف، فخالفت في جملة قولك الكتاب والسنة؟ وأراد الشافعي بهذا الرد عليهم في أمرين:

أحدهما: أنهم أجازوا في القسامة ما تمنع منه الأصول بغير أصل، وردّوا اليمين مع الشاهد، وهو غير مخالف للأصول، وله فيه أصل.

والثاني: أن السنة تدل على أن اليمين مُبَرِّئَةٌ، وهم جعلوها، ملزمة، فعلقوا عليها ضد موجبها، وليس يتعلق على الشاهد واليمين ضد موجبه، فأجابوه عن اعتراضه عليهم بهذين الأمرين بأن قالوا: روينا هذا عن عمر، فأتبعناه، وكان أصلاً فيه، فرد الشافعي عليهم هذا من ثلاثة أوجه:

أحدها: قال: إن عمر لا يستجيز أن يخالف الكتاب والسنة، وقوله في نفسه: «البينة على المدّعي، واليمين على المدعى عليه»، وقد جعلوه بهذا مخالفاً للكتاب والسنة، وقول نفسه. ورددتم اليمين مع الشاهد، وفيه سنة لا تخالف الكتاب، ولا السنة.

والوجه الثاني: أن قال: قد روي عن عمر ما لم يعملوا به، وخالفتموه في أربعة أحكام:

أحدها: أنه جلبهم إلى مكة من مسيرة اثنين وعشرين يوماً، وهم لا يرون نقل الخصم من بلده إلى غير بلده.

والثاني: أنه أحلفهم في الحِجْر، تغليظاً بالمكان، وهم لا يرون تغليظ الأيمان بالمكان.

والثالث: أنه اختار من أهل الحجر خمسين رجلاً أحلفهم، وهم يجعلون الخيار لولي الدّم دون الوالي.

والرابع: أنه ألزمهم الدية، لما حلفوا، فقالوا: ما وَقَتْ أَموالَنا أيمانُنا، ولا أيماننا أموالنا، فقال: حقنتم بأيمانكم دماءكم، فصرح بأنهم لو لم يحلفوا أقيدوا، وهم لا يرون القود، فلا بكل قول عمر أخذوا، ولا لجميعه ردوا، فإن كان قوله حجة فيما أخذوه كان حجة فيما ردوه، وإن لم يكن حجة فيما ردوه، فليس بحجة فيما أخذوه.

والوجه الثالث: أن قال لهم: عملتم بقول عمر في القسامة بما يخالف الأصول، ولم تعملوا بقول الرسول ﷺ في الشاهد واليمين وهو غير مخالف للأصول، وهو حجة تدفع قول عمر، وليس قول عمر حجة تدفع قول الرسول ﷺ، وما خالف الأصول ممتنع، وما لم يخالفها فتبع، فعملوا بخلاف ما أوجبه الشرع، وردوا ما ورد به الشرع.

فصل: وعارضهم الشافعي بهذا الفصل الخامس، فقال: وقد أجزتم شهادة أهل الذمة، وهم غير الذين شرط الله تعالى أن تجوز شهادتهم، ورددتم سنة رسول الله ﷺ في اليمين مع الشاهد؟ يعني أن الله تعالى شرط: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وليس الكفار بمرضيين، ولا يجعلوه مخالفاً للنص، ويجعلون القضاء باليمين مع الشاهد، وليس بمخالف للنص، مخالفاً للنص، فأجابوه بما حكاه عنهم أن قالوا: إنما أجزنا شهادة أهل الذمة، بقول الله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، فأبطل جوابهم من أربعة أوجه[1]:

الأول: أن قال: سمعت من أرضى بقوله: «من غير قبيلتكم من المسلمين» ولئن تردد التأويل بين احتمالين من غير أهل دينكم، ومن غير أهل قبلتكم فحمله على غير أهل القبيلة، لموافقة النص أولى من حمله على غير أهل الدين لمخالفة النص مع قوله: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ١٠٦].

والثاني: أنها نزلت في العرب، وكفارهم مشركون لا يقبل أبو حنيفة شهادتهم، وإنما يقبل شهادة أهل الذمة والكتاب.

والثالث: أنها نزلت في وصية مسلم، وأبو حنيفة لا يجيز شهادة أهل الكتاب لمسلم، ولا عليه، وإنما يجيزها لبعضهم على بعض، فإنه منع منها في المسلم مع مجيء القرآن بها، لأنها منسوخة عنده، ورد شهادة أهل الشرك عموماً، وفي أهل الكتاب لمسلم، وعلى مسلم.

فاعترض عليه الشافعي، فقال: «بماذا نُسخت»؟، فقال: بقول الله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فأجابه الشافعي عنه، فقال: زعمت بلسانك

---

(١) لم يذكر سوى ثلاثة أوجه.

أنك خالفت الكتاب إذ لم يجز الله إلا مسلماً، وأجزت كافراً.

فصل: وحكى الشافعي عنهم في هذا الفصل السادس أنه إذا نصب الله تعالى حكماً في كتابه، فلا يجوز أن يكون سكت عنه، وقد بقي منه شيء، ولا يجوز لأحد أن يحدث فيه ما ليس في القرآن.

مرادهم بهذا: أن يمنعوا من اليمين مع الشاهد، لأن الله تعالى قد بين الشهادات، فاقتضى أن تكون مقصورة على ما تضمنه الكتاب، وليس فيه الشاهد واليمين، وهذا مما يخالفهم فيه الشافعي حكماً ووجوداً، فحكى من وجوده ما وافقوا عليه، وهو دليل على جوازه، فقال: «قد نص الله الوضوء في كتابه، فأجزت فيه المسح على الخفين، ونص ما حرم من النساء في كتابه، وأحل ما وراءهن، فقلت: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ونص المواريث، فقال: «لا يَرِثُ قَاتِلٌ وَلاَ مَمْلُوكٌ، وَلاَ كَافِرٌ، وَإِنْ كَانُوا وَلَداً أَوْ وَالِدَاً»، وحجب الأم بالإخوة كحجبتها بأخوين، ونص للمطلقة قبل أن تمس نصف المهر، ورفع العدة، وقلت: إن خلا بها، ولم يمسها فلها المهر، وعليها العدة، فهذه أحكام منصوصة في القرآن، فهذا عندك خلاف ظاهر القرآن، واليمين مع الشاهد لا يخالف من ظاهر القرآن شيئاً. فبين الشافعي وجوده، وهو دليل على جوازه، ثم أوضح طريق جوازه، فقال: «والقرآن عربي، فيكون عام الظاهر يراد به الخاص، وكل كلام احتمل في القرآن معاني، فسنة رسول الله ﷺ تدل على أحد معانيه، مُوافقةً له لا مخالفة للقرآن». يريد بذلك أن ما في القرآن من عام ومجمل، ففي سنة الرسول ﷺ تخصيص ما أريد بالعموم، وتفسير ما أريد بالمجمل، فلم يمتنع أن يبين بسنته في اليمين مع الشاهد ما يكون موافقاً للقرآن، وغير مخالف له، فهذه ستة أصول أوردها الشافعي بين ثلاثة فصول منها، فساد ما اعترض به المخالف، وبين ثلاثة منها تناقض ما ذهب إليه المخالف على أوضح شرح وبيان، وبالله التوفيق.

بَابُ مَوْضِعِ اليَمِينِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنِ ادَّعَى مَالاً فَأَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِداً أَوِ ادعِيَ عَلَيْهِ مَالٌ أَوْ جِنَايَةٌ خَطَأً بِأَنْ بَلَغَ ذَلِكَ عِشْرِينَ دِينَاراً أَوِ ادَّعَى عَبْدٌ عِتْقاً تَبْلُغُ قِيمَتُهُ عِشْرِينَ دِينَاراً أَوِ ادَّعَى جِرَاحَةَ عَمْدٍ صَغرَتْ أَوْ كَبُرَتْ أَوْ فِي طَلاَقٍ أَوْ لِعَانٍ أَوْ حَدٌّ أَوْ رَدُّ يَمِينٍ فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَ الحُكْمُ بِمَكَّةَ كَانَتِ اليَمِينُ بَيْنَ المُقَامِ وَالبَيْتِ وَإِنْ كَانَ بِالمَدِينَةِ كَانَتْ عَلَى مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَإِنْ كَانَتْ بِبَلَدٍ غَيْرَ مَكَّةَ وَالمَدِينَةَ أُحْلِفَ بَعْدَ العَصْرِ فِي مَسْجِدَ ذَلِكَ البَلَدِ بِمَا تُؤَكَّدُ بِهِ الأَيْمَانُ وَيُتْلَى عَلَيْهِ ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً﴾ الآية قَالَ وَهَذَا قَوْلُ حُكَّامِ المَكِّيِّينَ وَمُفْتِيهِمْ وَمِنْ حُجَّتِهِمْ فِيهِ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ رَأَى قَوْماً يَحْلِفُونَ بَيْنَ المَقَامِ وَالبَيْتِ فَقَالَ أَعَلَى دَمٍ؟ قَالُوا لاَ قَالَ أَفَعَلَى أَمْرٍ عَظِيمٍ؟ قَالُوا: لاَ، قَالَ: لَقَدْ خَشِيتُ أَنْ يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بِهَذَا المَقَامِ قَالَ فَذَهَبُوا إِلَى أَنَّ العَظِيمَ مِنَ الأَمْوَالِ مَا وَصَفْتُ مِنْ عِشْرِيْنَ دِينَاراً فَصَاعِداً قَالَ ابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ كَتَبَ إِلَيَّ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي جَارِيَتَيْنِ ضَرَبَتْ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى أَنْ أَحْبِسَهُمَا بَعْدَ العَصْرِ ثُمَّ أَقْرَأَ عَلَيْهِمَا ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً﴾ فَفَعَلْتُ فَاعْتَرَفَتْ قَالَ وَاسْتَدْلَلْتُ بِقَوْلِ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ﴾ قَالَ المُفَسِّرُونَ صَلاَةُ العَصْرِ عَلَى تَأْكِيدِ اليَمِينِ عَلَى الحَالِفِ فِي الوَقْتِ الَّذِي تَعْظُمُ فِيهِ اليَمِينُ وَبِكِتَابِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَحْلِفُ عِنْدَ المِنْبَرِ مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَمَا بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي خُصُومَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَجُلٍ وَأَنَّ عُثْمَانَ رُدَّتْ عَلَيْهِ اليَمِينُ عَلَى المِنْبَرِ فَاتَّقَاهَا وَقَالَ أَخَافُ أَنْ تُوَافِقَ قَدَرَ بَلاَءٍ فَيُقَالَ بِيَمِينِهِ قَالَ وَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابِهِ وَأَهْلِ العِلْمِ بِبَلَدِنَا دَارِ السُّنَّةِ وَالهِجْرَةِ وَحَرم اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَحَرم رَسُول اللَّهِ ﷺ اقْتَدَيْنَا».

قال الماوردي: الأيمان موضوعة للزجر، حتى لا يتعدى طالب، ولا مطلوب، فجاز تغليظها بما ساغ في الشرع من التغليظ بالمكان والزمان، والعدد، واللفظ، وهو مذهب الشافعي ومالك، وأهل الحرمين بمكة والمدينة وجمهور الفقهاء.

وجوز أبو حنيفة تغليظها بالعدد، واللفظ، ومنع من تغليظها بالمكان والزمان، واستبدعه من الحكام احتجاجاً برواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فأطلق اليمين، كما أطلق البينة، فوجب أن تحمل على إطلاقها من غير تغليظ بمكان وزمان كما حملت البينة على إطلاقها من غير تغليظ بمكان وزمان ولأن اليمين حجة المطلوب، والبينة حجة الطالب. فلو جاز التغليظ في حجة أحدهما لجاز في حجتهما، لوجوب التسوية بينهما. وفي سقوطها من حجة الطالب دليل على سقوطها من حجة المطلوب، ولأنه لو جاز تغليظهما في بعض الحقوق لجاز تغليظهما في جميع الحقوق، لأن ما استحق في الكثير كان مستحقاً في القليل، كالبينة واليمين، فلما لم يعتبر التغليظ في القليل لم يعتبر في الكثير.

ودليلنا: ما رواه صفوان بن سليم عن عبد الله بن أبي أمامة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مِنْبَرِي (وروي: عَلَى مِنْبَرِي) بِيَمِينٍ آثِمَةٍ، تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ ولو قضيب من أراك»[1].

فدل على أن تغليظ اليمين بالمنبر مشروع، والحالف عنده مزجور، ولأن عمل الصحابة به شائع، وإجماعهم عليه منعقد.

روى المهاجر بن أبي أمية قال: كتب إليّ أبو بكر الصديق أن أبعث إليه بقيس بن المكشوح في وثاق، فبعثت به، فأحلفه في قتل على المنبر خمسين يميناً.

ورُوِيَ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه توجهت عليه اليمين في خصومه كانت بينه وبين أبي بن كعب في أرض، فحلف على المنبر، ثم وهب له الأرض بعد يمينه. وأحلف عمر أهل القسامة في الحجر.

وروي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه توجهت عليه اليمين، وهو على المنبر في أربعين ألف درهم، فأتقاها، ودفع المال، وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء، فيقال: بيمينه».

وروي أن ابن أبي مطيع، وزيد بن ثابت اختصما إلى مروان بن الحكم، وكان والياً على المدينة، فتوجهت اليمين على زيد، فأمره مروان أن يحلف على المنبر، فجعل زيد يمتنع، ويحلف بالله أن حقه لحق، فقال مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق، فامتنع، وجعل مروان يعجب من ذلك».

---

(١) أخرجه ابن ماجه(٢/ ٧٧٩)، كتاب الأحكام، باب اليمين عند مقاطع الحقوق حديث رقم (٢٣٢٥)، بنحوه عن جابر بن عبد الله مرفوعاً، وأخرجه البيهقي في سنن الكبرى (٧/ ٣٩٨)، والحاكم في المستدرك(٤/ ٢٩٦) بزيادة «ولو على سواك أخضر».

قال مالك: أكره حبس اليمين.

وروى ابن أبي مليكة قال: كتب إليّ ابن عباس في جر[illegible] ضربت [illegible]اهما الأخرى، فكتب إليّ أن أحبسهما بعد العصر، ثم أقرأ عليهما: ﴿إِنَّ الَّذِيْنَ يَشْتَرُوْنَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً﴾ [آل عمران: ٧٧] ففعلت، فاعترفت.

وروي أن عبد الرحمن بن عوف رأى قوماً يحلفون بين البيت والمقام، فقال: أعلى دم؟ قالوا: لا، قال: أفعلى عظيم من المال؟ قالوا: لا. قال: لقد خشيت أن يهزأ الناس بهذا المقام.

فدل على أنهم يحلفون فيه على الدم، وعلى عظيم من المال، فهذا ما اتفق عليه من ذكرنا من الصحابة قولاً وعملاً، وليس يعرف لهم فيه مخالف، فثبت أنه إجماع فإن قيل: امتناع زيد من اليمين على المنبر دليل على خلافه، وارتفاع الإجماع قيل: لم يمتنع إلا للتوقي دون الخلاف، ولو لم يره جائزاً، لأنكره على مروان، فقد كان ينكر عليه كثيراً من أفعاله، فيطيعه مروان، حتى قال له ذات يوم بمشهد الملأ: إنك أحللت الربا، فقال مروان: معاذ الله!، فقال زيد: إن الناس يتبايعون الأملاك بالصكوك قبل أن يقبضوا، فوجه مروان مسرعاً، فمنعهم من ذلك طاعة لزيد.

وقد قال أهل التأويل في قول الله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾: إنها بعد صلاة العصر في أيمان من نزلت فيه الآية من تميم الداري، وعدي بن زيد.

أو لأن الأيمان موضوعة للزجر، والزمان والمكان أزجر، فكان باستعماله في الأيمان أجدر، ولأنه لما جاز تغليظها بالعدد واللفظ، جاز بالزمان والمكان.

فأما الجواب عن خبر ابن عباس، فهو أن المقصود به وجوب اليمين دون صفتها، وأما الجواب عن اعتبارهم بالبينة فمن وجهين:

أحدهما: أن البينة لا تشهد بحق لها، فارتفعت التهمة عنها، فاستغنت عن الزجر، والحالف يثبت حقاً لنفسه.

والثاني: أن زجر البينة يفضي إلى توقفها عن ما لزمها من أداء الشهادة، وذلك معصية يخالف بها حكم الحالف.

وأما الجواب عن جمعهم بين القليل والكثير فمن وجهين:

أحدهما: أن القليل يكتفي في الزجر عنه باليمين، والكثير لا يكتفي فيه باليمين حتى يقترن بها ما يزجر عن الكثير.

والثاني: أن الشرع لما فرق بين قليل المال وكثيره في وجوب الزكاة، وقطع السرقة لم يمنع من الفرق بينهما في التغليظ.

فصل: فإذا ثبت جواز التغليظ في الأيمان بالمكان والزمان فهو مشروع، وليس بمستبدع، وهو عند أبي حنيفة مُسْتَبْدَع غير مشروع، وعليه وقع الخلاف.

والكلام في التغليظ يشتمل على فصلين:

أحدهما: جنس ما تغلظ فيه الأيمان من الحقوق.

والثاني: صفة التغليظ بمكانه وزمانه.

فأما الفصل الأول فيما تغلظ فيه الأيمان من الحقوق، ففيه للفقهاء ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب طائفة من حكام الحجاز وابن جرير الطبري من أهل العراق: أنها تغلظ في كل قليل وكثير، لأنه صفة لليمين، كالبينة التي يستوي حكمها في كل قليل وكثير.

والثاني: وهو مذهب مالك أنها تغلظ فيما يقطع فيه اليد، ولا تغلظ فيما لا يقطع فيه، لقول عائشة رضي الله عنها: «لم تكن اليد لتقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه». تدل على أن ما تقطع فيه ليس بتافهٍ، فكان كثيراً.

والثالث: وهو مذهب الشافعي، أن ما خرج عن الأموال، ولم يثبت إلا بشاهدين كالحدود والقصاص، والنكاح، والطلاق، فالأيمان فيه مغلظة، فيما قلّ منه أو كثر، وما ثبت بالشاهد والمرأتين من الأموال، فتغلظ الأيمان في كثيره دون قليله، وكثيره عشرون ديناراً؛ لحديث عبد الرحمن بن عوف، حين مر بقوم يحلفون بين البيت والمقام، فقال: أعلى دم؟ قالوا: لا. قال: أفعلى عظيم من المال؟ قالوا: لا. قال: لقد خشيتُ أن يتهاون الناس بهذا المقام. فعقل السامعون لقوله من أهل العلم، أنه أراد بالعظيم من المال عشرين مثقالاً، فصار هذا المقدار أصلاً في تغليظ الأيمان.

فإن قيل: فإذا جعلتم هذا قدراً في التغليظ، فهلا جعلتموه قدراً في الإقرار إذا أقر بمال عظيم أن لا يقبل منه أقل من عشرين ديناراً، وأنتم تقبلون منه ما قل وكثر؟

قيل: لأنه في الإقرار متردد الاحتمال بين إرادة القدر، وإرادة الصفة، وفي التغليظ لا يحتمل إلا إرادة القدر، فلذلك جعلناه قدراً في التغليظ، لأنه لا يحتمل غيره.

وإذا كان هكذا، فقد اختلف أصحابنا في تقديره بالعشرين على وجهين:

أحدهما: لأنها نصاب في الزكاة، ليكون المقدار معتبراً بأصل مشروع، فعلى

هذا إن وجبت اليمين في الدراهم غلظت في مائتي درهم فصاعداً.

وإن وجبت في الغنم غلظت في أربعين شاة فصاعداً.

وإن وجبت في البقر غلظت في ثلاثين بقرة فصاعداً.

وإن وجبت في الإبل غلظت في خمس من الإبل فصاعداً.

وإن وجبت في الحبوب والثمار غلظت في خمسة أوسق فصاعداً.

سواء بلغ قيمة ذلك عشرين ديناراً[1] أو لم يبلغ، وإن وجبت في أقل من هذه النصب المزكاة لم يغلظ، سواء بلغ قيمة ذلك عشرين ديناراً أو لم تبلغ.

والوجه الثاني: أنه قدر بالعشرين؛ لأنه أصل عن توقيف، أو اجتهاد لا يعتبر بغيره، فعلى هذا لا تغلظ اليمين في الدراهم والثمار والمواشي إلا أن تبلغ قيمتها عشرين ديناراً، فتغلظ، وإن لم تبلغ نصاباً، وإن نقصت قيمتها عن العشرين، لم تغلظ، وإن بلغت نصاباً. فأما الأموال التي لا زكاة في جنسها، فيصير في تغليظ اليمين فيها أن تبلغ قيمتها عشرين ديناراً من غالب دنانير البلد الخالصة من الغش.

فصل: فإن كانت اليمين في جناية، لا يجب فيها القود من الخطأ وشبه العمد، وما لا قود فيه من العمد غلظت إذا بلغ أرشها عشرين ديناراً، ولم تغلظ إن نقص أرشها عن العشرين وإن كانت جناية عمد توجب القود غلظت في قليلها وكثيرها، وإن وجبت اليمين في العتق، فإن توجهت على السيد لإنكاره لم تغلظ اليمين إلا أن تبلغ قيمته عشرين ديناراً، وإن وجبت على العبد لرد اليمين عليه غلظت، وإن نقصت قيمته عن العشرين، لأنها في حق السيد على مال، وفي حق العبد على عتق، وهكذا المكاتب في عقد الكتابة إن توجهت اليمين فيه، على السيد لم تغلظ إن قلت قيمته، وإن توجهت على المكاتب غلظت وإن قلت قيمته لأنها في حق السيد للمال، وفي حق المكاتب للعتق.

وإن وجبت اليمين في وقف عطلت، وإن نقصت قيمته عن العشرين إذا قيل: إنه لا يثبت إلا بشاهدين، ولم تغلظ إذا قيل: إنه يثبت بشاهد ويمين، وإن وجبت اليمين في الوصية فإن توجهت على الموصي بالولاية عليها تغلظت في القليل والكثير، وإن توجهت على الموصى له تغلظت في الكثير دون القليل، إلا أن تكون في عبد قد وصى بعتقه أو في والد قد وصى له بولده، فتكون على التغليظ في القليل والكثير.

فصل: وأما الفصل الثاني: في صفة التغليظ بمكانه وزمانه.

---

(١) في د مثقالا.

أما المكان، فيعتبر بأشرف البقاع من البلد، فإن كان بمكة، فبين البيت والمقام، وتصان الكعبة عنه.

وأما الحجر، فقد أحلف عمر أهل القسامة فيه، ولو صين عنه كان أولى؛ لأنه في حكم البيت.

وإن كان بالمدينة، ففي مسجد رسول الله ﷺ وعلى منبره، كما أحلف المتلاعنين عليه.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: يحلف عند المنبر، لا عليه، لأن علو المنبر تشريف يصان عن مأثم الأيمان، لكن يرقى عليه الحاكم المستخلف، لأنه من أهل الولايات، ولا يرقى عليه الطالب إلا أن يرقى عليه الحالف، لوجوب التسوية بين الخصمين.

وإن كان ببيت المقدس، ففي مسجدها عند الصخرة، لأنها أشرف بقاعه، ويُسْتَحَلَفُ قائماً، لا سيما إن كان على المنبر، لأن المنابر مقامات الوقوف في الولاة، فكان في الاستحلاف أولى، ولا بأس أن يكون الطالب المستحلف جالساً عند قيام الحاكم، لأنه هو المزجور دون المستحلَف.

فأما اليهود والنصارى إذا تغلظت عليهم الأيمان، ففي كنائسهم، وبيعهم؛ لأنها وإن لم تكن أشرف البقاع عندنا، فهي أشرفها عندهم، وهم المزجورون بها، فاعتبرنا ما هو أشرف في معتقدهم لا في معتقدنا.

وأما التغليظ بالزمان، فبعد صلاة العصر [لما ذهب إليه أهل التأويل في قوله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان﴾ [المائدة: ١٠٦] أنها صلاة العصر][١] ولأنه وقت ترفع فيه الأعمال، وتجاب فيه الدعوات.

فأما اليهود والنصارى، فبعد صلاتهم التي يرونها أعظم صلواتهم.

وأما التغليظ بالعدد ففي الحقوق التي شرع فيها العدد، وهي الدماء: تغلظ بخمسين يميناً، وفي اللعان بخمسة أيمان.

وأما التغليظ باللفظ: فهو أن يذكر مع اسم الله تعالى من صفات ذاته الخارجة عن العرف المألوف في لغو اليمين، ما يكون أزجر واردع على ما سنذكره في صفة اليمين.
وأما التغليظ بالوعظ، فيكون قبل اليمين بقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ

---

(١) سقط في ا.

وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] وبقول النبي ﷺ: «مَنْ حَلَفَ يَمِيناً فَاجِرَةً، لِيَقْتَطِعَ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَقِيَ اللَّهَ يَوْمَ يَلْقَاهُ، وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ».

فأما الإحلاف بالمصحف تغليظاً، فقد كان ابن الزبير يفعله، وقد حكاه الشافعي عن بعض قضاتهم استحساناً، وليس بمستحب عنده، وإن أجازه لقول النبي ﷺ: «مَنْ كَانَ حَالِفاً، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمِتْ»[1]، وهل يجزىء الحلف به عن الحلف بالله؟ على وجهين:

أحدهما: يجزىء، ويسقط به وجوب اليمين، لاشتراكهما في الحنث بهما، ووجوب التكفير فيهما.

والوجه الثاني: لا يجزىء، ولا يسقط به وجوب اليمين، لأن من الفقهاء من لا يعلق عليه حنثاً، ولا يوجب به تكفيراً.

فصل: فإن ترك التغليظ بما وصفنا انقسم تركه ثلاثة أقسام:

أحدها: لا تجزىء اليمين بتركه، وهو العدد فيما يستحق فيه العدد من القسامة واللعان.

والقسم الثاني: ما تجزىء اليمين بتركه، وهو الألفاظ المضافة إلى اسم الله، تعالى وما سوى المكان والزمان.

والقسم الثالث: ما اختلف في إجزاء اليمين بتركه، وهو التغليظ بالمكان والزمان، وفي إجزائها للشافعي قولان:

أحدهما: تجزىء، كذلك التغليظ باللفظ.

والثاني: لا تجزىء كترك التغليظ بالعدد.

وفرق أبو حامد الإسفراييني بين التغليظ بالمكان والزمان، وجعل اليمين بترك الزمان مجزئة وبترك المكان على قولين، وجمهور أصحابنا على التسوية بين الأمرين.

ويستوي في تغليظ اليمين أن يستحلف بها المدعى عليه إذا أنكر، أو يستحلف بها المدعي إذا ردت عليه، أو إذا أقام شاهداً، ليحلف معه، فإن كانت على الحالف يمين متقدمة أن لا يحلف في مكان التغليظ من مكة أو المدينة وأن لا يحلف في زمان

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري (١٣/ ٣٩١)، كتاب التوحيد، باب التوحيد، باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها، حديث رقم (٧٤٠١)، وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٦٧)، كتاب الأيمان، حديث (٣ ب/ ١٦٤٦) كلاهما عن ابن عمر.

التغليظ بعد العصر، ففيه قولان بناء على التغليظ بالمكان والزمان: وهل هو شرط في إجزاء اليمين أم لا؟

أحدهما: يعفى من التغليظ بالمكان والزمان، لأن لا يحمل على الحنث في اليمين المتقدمة، وهذا على القول الذي يجعل اليمين بترك التغليظ مجزئة.

والقول الثاني: لا يعفى، ويؤخذ بالتغليظ، وإن أفضى إلى حنثه، وهذا على القول الذي يجعل اليمين بترك التغليظ غير مجزئة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالمُسْلِمُونَ البَالِغُونَ رِجَالُهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ وَأَحْرَارُهُمْ وَعَبِيدُهُمْ وَمَمَالِيكُهُمْ يَحْلِفُونَ كَمَا وَصَفْنَا».

قال الماوردي: إذا وجبت اليمين المغلظة على المسلمين، فإن كان رجلاً حراً تغلظت على ما وصفنا بالمكان والزمان، وما عداهما، فإن كان زَمِناً لا يقدر على المشي، إلى مكان التغليظ إلا بأجرة مركوب، كان أجرة مركوبه إلى مكان التغليظ مستحقة على المستحلف له، لأنه ليس بحق على الحالف، وإنما هو حق للمستحلف وكانت أجرة عوده على الحالف، لأنه يعود في حق نفسه وإن كان الحالف امرأة لم يخل حالها من أن تكون بَرْزَةً، أو خَفِرَةً، فإن كانت بَرْزة غلظت يمينها بالمكان والزمان كالرجل، لكن تخالفه في آمرين:

أحدهما: أنها تحلف عند المنبر، لا عليه.

والثاني: أنها تحلف جالسة، لا قائمة، ستراً لها، لأنها عورة.

وإن كانت خَفِرَة لا تبرز، استخلف الحاكم من يحلفها في منزلها، وسقط تغليظ يمينها بالمكان، لحفظ صيانتها بإقرارها في منزلها، وغلظت يمينها بالزمان كغيرها، وإن كان الحالف عبداً غلظت يمينه بالمكان والزمان كالحر، فإن كان مقيماً على حفظ مال لسيده يخاف إن فارقه إلى مكان التغليظ أن يُتَخَطَّفَ نظر:

فإن كان سيده حاضراً تولى حفظ ماله، وحمل العبد إلى مكان التغليظ، وإن كان سيده غائباً أقر العبد على حفظه، وقيل للمستحلف: أنت مخير بين أن تنظره باليمين إلى وقت إمكانه من حضور المكان من غير ضرر، ويدخل على سيده أو تعجل إحلافه في مكانه.

فصل: ولا يجوز أن ينقل مستحلف من بلده، لتغليظ يمينه بمكة أو المدينة، فإن قيل: فقد نقل أبو بكر رضي الله عنه قيس بن المكشوح في وثاق من اليمن إلى المدينة، حتى أحلفه بها، ونقل عمر أهل القسامة من مسافة اثنين وعشرين يوماً إلى مكة حتى

أحلفهم في الحجر، قيل: إنما فعلا ذلك في حق السياسة المعتبرة بالرأي والمصلحة، ولم ينقلا في حق المستحلف.

فإن لم يكن في بلد الحالف حاكم يغلظ اليمين إذا استحلف جاز نقله لليمين، وتغليظها إلى بلد يقصر عن مسافة يوم وليلة، ولم يجز نقله إلى ما زاد، لأن لا يبلغ سفر القصر، واستناب حاكم البلد البعيد من يستحلفه، ويغلظ يمينه من أهل بلده إذا كان من بلاد عمله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَيَحْلِفُ المُشْرِكُونَ أَهْلُ الذِّمَّةِ وَالْمُسْتَأْمِنُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَا يُعَظِّمُ مِنَ الكُتُبِ وَحَيْثُ يُعَظِّمُ مِنَ المَوَاضِعِ مِمَّا يَعْرِفُهُ المُسْلِمُونَ وَمَا يُعَظِّمُ الحَالِفُ مِنْهُمْ مِثْلُ قَوْلِهِ وَاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى، وَاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا وَلاَ يَحْلِفُونَ بِمَا يَجْهَلُ مَعْرِفَتَهُ المُسْلِمُونَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يحلف الكفار في الحقوق بالله تعالى كما يحلف المسلمون إذا جرى عليهم أحكام الإسلام بذمة أو بجزية:
وهم ضربان: مقر بالله تعالى، وجاحد له.

فأما المقر به فضربان: أهل الكتاب، وغير أهل كتاب.

فأما أهل الكتاب، فاليهود والنصارى، وقد أجرى المسلمون المجوس مجراهم، لقول النبي ﷺ «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ».

ويستظهر عليهم في اليمين بالله بما ينفي عنه احتمال التأويل، وتغلظ الأيمان عليهم بالمكان والزمان كما تغلظ على المسلمين، فإن كان الحالف يهودياً أحلفه الحاكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى.

وإن رأى أن يزيد على هذا، فيقول: الذي نجى موسى وقومه من اليم، وأغرق فيه فرعون وقومه، فعل. وهذا في كل يمين وجب تغليظهما أو لم يجب، ليزول الاحتمال عن اسم من يحلف به، وليخرج عن المألوف من لغو أيمانهم كما يحلف المسلم بالله الطالب الغالب، فيما يجب تغليظه، وفيما لا يجب.

فإن كانت يمين اليهود يجب تغليظها بالمكان والزمان، ومكان تغليظها كنائس اليهود، لأنهم يرونها أشرف بقاعهم، وإن لم يرها المسلمون كذلك.

وأما تغليظها بالزمان، ففي وقت أشرف صلواتهم عندهم، ولا يحلفهم بما لا

يعرفه المسلمون من أيمانهم كقولهم: أهيا اشراهيا[(١)] ولا بالعشر كلمات[(٢)] التي يدعونها، ولا يعرفها المسلمون، ولا باللسان العبراني إذا تكلموا بغيره، فإن لم يتكلموا إلا به، ولم يعرفوا غيره أحلفهم به إذا كان في المسلمين من يعرفه.

فصل: وإن كان الحالف نصرانياً أحلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى.

وإن رأى أن يزيد على هذا، فيقول: الذي أبرأ له الأكمة والأبرص، وأحي له الموتى بإذنه فعل، فإن تغلظت يمينه بالمكان، والزمان كان مكان تغليظها بيع النصارى، لأنهم يرونها أشرف بقاعهم، وكان زمان تغليظها في وقت أشرف صلواتهم عندهم.

فصل: فإن كان الحالف مجوسياً، احلفه بالله الذي خلقني ورزقني.

واختلف أصحابنا: هل يحلفه بالله الذي خلق النار، والنور.

فقال بعضهم: يحلفه بذلك، لاختصاصهم بتعظيم النار والنور.

وقال آخرون: لا يحلفهم بذلك، لأنهم يعتقدون قدم النار والنور. فأما تغليظ يمينه بالمكان والزمان فأجل الأمكنة عندهم بيت النار.

واختلف أصحابنا في تغليظ أيمانهم فيه، فقال بعضهم: لا تغلظ فيه، لأنهم يرون تعظيم النار دون البيت الذي فيه النار، فخالفوا اليهود والنصارى في قصد الكنائس والبيع لصلواتهم، وعباداتهم، وقد قال الله تعالى: ﴿لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيراً﴾ [الحج: ٤٠].

وقال آخرون من أصحابنا: بل يحلفون في بيت النار، لأنهم يرونه أشرف البقاع عندهم، وإن شرفوه، لتعظيم النار عندهم.

وأما الزمان فليس لهم صلوات مُوَقَّتَاتٌ يحلفون فيها، وإنما لهم زمزمة يرونها قربة، فإن كانت مؤقتة عندهم أحلفوا في أعظم أوقاتها عندهم، وإن لم تكن مؤقتة

---

(١) هكذا بالأصل الموافق في القاموس فقد جاء فيه واهيا بكسر الهمزة اشراهيا بفتح الهمزة والشين يونانية أي الأزلي الذي لم يزل ثم قال: وليس هذا موضعه، لكن لأن الناس يغلطون ويقولون: اهيا شراهيا، وهو خطأ على ما يزعمه أحبار اليهود.
وقال في لسان العرب: وقولهم: هيا شراهيا، معناه يا حي يا قيوم، بالعبرانية.
انظر ترتيب القاموس (شره) ولسان العرب (شره).

(٢) الكلمات العشر: هي ما يسمى عند اليهود بالوصايا العشر، وهي ملخص التعاليم الدينية التي أوصى الله بها موسى.

سقط تغليظ أيمانهم بالزمان، إلا أنهم يرون النهار أشرف من الليل،لأن النور عندهم أشرف من الظلمة، فيحلفون في النهار دون الليل.

فصل: فإن كان الحالف وثنياً لم يحلف بما يعظمه من الأوثان، والأصنام، وحلفه بالله، ولم يقل: الذي خلق الأوثان والأصنام، لأن الله تعالى خلق أجسامها كما خلق أجسام غيرها، وهم اختلفوا ما أحدثوه من المعاصي بعبادتها، ولكن يحلفه بالله الذي خلقني، ورزقني، وأحياني.

فأما تغليظها بالمكان، فساقط في حقوقهم، لأنهم يعظمون بيوت أصنامهم، وهي مخالفة لكنائس اليهود والنصارى، لأن دخول المسلمين بيوت أصنامهم معصية، ودخولهم كنائس اليهود والنصارى غير معصية، لأن بيوت الأصنام لم توضع في الابتداء والانتهاء إلا لأجل معصية، وقد كانت الكنائس والبيع موضوعة في الابتداء على طاعة نسخت، فصارت معصية، وكذلك تغليظ الزمان يسقط عنهم إلا أن يكون في الأيام عندهم يوم يرونه أشرف الأيام، فإن بَعُد ذلك اليوم، وتأخر لم تؤخر اليمين إليه، لاستحقاق تقدمها، وإن قرب وتعجل احتمل أن تغلظ أيمانهم فيه، كما تغلظ بأوقات العبادات، واحتمل أن لا يغلظ فيه، لأن عبادات اليهود والنصارى قد كانت طاعة، وإن صارت بعد النسخ معصية، ويوم هؤلاء لم يختص بعبادة تكون طاعة، فساوى غيره من الأيام.

فصل: فإن كان الحالف دهرياً، لا يعتقد خالقاً، ولا معبوداً، اقتصر الحاكم على إحلافه بالله الخالق الرازق، وإن لم يعتقد إلهاً خالقاً رازقاً.

فإن قيل: فليست يمينه زاجرة له، فما الفائدة فيها؟ **قيل:** أمران:

أحدهما: إجراء حكمها عليهم، لقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩].

والثاني: ليزداد بها إثماً ربما يعجل به انتقاماً، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْلِفُ الرَّجُلُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِيْمَا عَلَيْهِ بِعَيْنِهِ عَلَى البَتِّ مِثْلَ أَنْ يُدَّعى عَلَيْهِ بَرَاءَةٌ مِنْ حَقٍّ لَهُ فَيَحْلِفُ بِاللَّهِ إِنَّ هَذَا الحَقَّ وَيُسَمِّيهِ لَثَابِتٌ عَلَيْهِ مَا اقْتَضَاهُ وَلاَ شَيْئاً مِنْهُ وَلاَ مُقْتَضىً بِأَمْرٍ يَعْلَمُهُ وَلاَ أَحَالَ بِهِ وَلاَ بِشَيْءٍ مِنْهُ وَلاَ أَبْرَأَهُ مِنْهُ وَلاَ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ وَإِنَّهُ لَثَابِتٌ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ حَلَفَ بِهَذَا اليَمِينِ وَإِنْ كَانَ حَقًّا لأَبِيْهِ حَلَفَ فِي نَفْسِهِ عَلَى البَتِّ وَفِي أَبِيْهِ عَلَى العِلْمِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا أراد الحاكم استيفاء يمين توجهت على خصم

في إثبات أو نفي اشتمل شرطها المعتبر في إجزائها وانبرام الحكم بها على فصلين:

أحدهما: شرطها في العلم والبت.

والثاني: شرطها في الإثبات والنفي.

فأما الفصل الأول، وهو شرطها في الحلف بها على العلم والبت، فاليمين على ضربين:

أحدهما: أن تكون على إثبات.

والثاني: أن تكون على نفي.

فإن كانت على إثبات، فهي على البت والقطع، سواء أثبت بها الحالف ما حدث عن فعله أو ما حدث عن فعل غيره.

والحادث عن فعله أن يقول قطعاً باتاً: والله لقد بعتك داري أو اشتريت دارك أو أجرتك عبدي، أو استأجرت عبدك، أو أقرضتك ألفاً، أو اقترضتَ مني ألفاً سواء أضاف ذلك إلى نفسه أو إلى خصمه، لأنه بها تم، فصار حادثاً عن فعله.

وأما الحادث عن فعل غيره، فهو أن يقول: والله لقد اشترى منك أبي دارك، أو اشتريتَ من أبي داره، أو لقد استأجر منك أبي عبدك، أو استأجرت من أبي عبده، أو لقد أقرضك أبي ألفاً، أو لقد اقترضتَ من أبي ألفاً، فتكون يمين الإثبات لفعله، وفعل غيره على البت، والقطع في الحالتين معاً، لأنه على إحاطة علم بفعله، وما ادَّعى فعل غيره إلا بعد إحاطته بفعله.

فصل: وإن كانت اليمين على نفيٍ لبيع أو إجارة أو قرض، فقد اختلف الفقهاء فيها: هل تكون على البت أو على العلم؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب ابن أبي ليلى: أنها على البت كالإثبات سواء كانت على نفي فعل نفسه أو فعل غيره.

والثاني: وهو مذهب الشعبي والنخعي: أنها على العلم سواء كانت على نفي فعل نفسه أو فعل غيره.

والثالث: وهو مذهب الشافعي وأكثر الفقهاء: أنها إن كانت اليمين على نفي فعل نفسه، فهي على البت، فيقول: والله ما فعلت، ولا بعت، ولا أجرت، ولا نكحت، ولا طلقت. وإن كانت على نفي فعلِ غيره، فهي على العلم دون البت، فيقول: والله لا أعلم أن أبي باعك، ولا أعلم أنه آجرك، ولا أعلم أنه اقترض منك، ولا أعلم أنه وصى لك، لأنه على إحاطة علم بما نفاه عن نفسه، فكانت يمينه فيه قطعاً على البت

وليس على إحاطة علم بما نفاه عن غيره، لتعذر التواتر فيه، واستعمال المظنون من أخبار الآحاد، فكانت اليمين فيها بحسب ما أداه إلى العلم بهما، وهو يعلم نفي فعله قطعاً، ونفي فعل غيره ظناً، فحلف فيما قطع به على البت، وفيما استعمل فيه غلبة الظن على العلم، فعلى هذا لو وجب إحلافه على البت، فأحلفه الحاكم على العلم كانت يمينه غير مجزئة، وهو في الحكم بها بمثابة من لم يحلف، ويجوز للخصم أن يستأنف الدعوى عليه عند ذلك الحاكم، أو عند غيره.

ولو وجب إحلافه على العلم، فأحلفه الحاكم على البت أجزأت يمينه، وثبت بها الحكم فيما حلف عليه، لأن يمين البت أغلظ، ويمين العلم أخف، فجاز أن يسقط الأخف بالأعلى، ولم يجز أن يسقط الأغلظ بالأخف، ولئن حلف على البت في موضع العلم، فإنها تؤول به إلى العلم لامتناع القطع منه.

فصل: وهو ما تضمنه اليمين من شروط النفي والإثبات، فهو على ضربين: يمين على النفي تختص بالمدعى عليه، يمين على الإثبات تختص بالمدعي. فأما يمين النفي، فتجب على المدعى عليه على حكم الدعوى، وهي أربعة أضرب:

أحدها: أن يدعي عليه دين في ذمته.

والثاني: أن يدعي عليه يمين في يده.

والثالث: أن يدعي عليه دين في ذمة أبيه.

والرابع: أن يدعي عليه عين في يد أبيه.

فأما الضرب الأول: وهو أن يدعي عليه دين في ذمته، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى مطلقة لم يقترن بها ذكر السبب كقوله: لي عليه ألف درهم، ولا يذكر سبب استحقاقها، فهي دعوى صحيحة. ولا يلزم سؤاله عن سببها، فإن سأله الحاكم كان مخطئاً، ولم تلزمه إبانة السبب، لأن تنوع الأسباب لا يوجب اختلاف الحقوق، فتكون يمين المدعى عليه إذا أنكرها على البت، فيقول: والله ما له عليّ هذه الألف، ولا شيء منها بوجه، ولا سبب.

وقوله: ولا شيء منها، شرط مستحق في يمينه، لأنه ربما كان عليه بعضها، فهو إذا حلف أنها ليست عليه برّ في يمينه، وإن وجب عليه باقيها، وقوله: «بوجه ولا سبب» تأكيداً فإن أغفله جاز.

ولو قال: والله إنه لا يستحق عليّ شيئاً كان مجزئاً، ولم يلزمه أن يزيد عليه في

يمينه، والأولى أن يكون يمينه بحسب جوابه في إنكاره.

فإن قال في الإنكار: ليس له عليّ ما ادّعاه من هذه الألف، ولا شيء منها كان جواباً مقابلاً للدعوى، وحلف على مثل جوابه: والله ما له عليّ هذا الألف، ولا شيء منه. وإن قال: لا يستحق عليّ شيئاً كان جواباً كافياً، وحلف على مثل جوابه: والله ما يستحق عليّ شيئاً، فإن قال: والله ما له عليّ شيء كانت معلولة غير مقنعة، لاحتمال ما له على جسدي شيء، فإذا قال: لا يستحق عليّ شيئاً انتفى هذا الاحتمال.

والضرب الثاني: أن تكون الدعوى مقترنة بذكر السبب، فيقول: لي عليه ألف قرض أو غصب أو ثمن مبيع أو قيمة متلَف، أو أرش جناية، فيكون في الجواب على إنكاره مخيراً بين أن يعم بإنكاره، فيقول: لا يستحق عليّ شيئاً، فيكون جوابه أوفى، وتكون يمينه على البتّ بحسب جوابه، والله لا يستحق عليّ شيئاً.

فإن أراد الحاكم أن يحلفه ما اقترض منه ألفاً ولا غصبه ألفاً لم يجز، لأنه قد يجوز أن يكون اقترضها ثم قضاها، فيحنث في يمينه، وإن لم يجب عليه، فهذا أحد خياريه في الإنكار.

والخيار الثاني: أن يقتصر في إنكاره على ذكر السبب، فيقول: ما اقترضت منه ولا غصبت منه شيئاً، فيقنع منه بهذا الجواب، ولو قال: ما اقترضت منه ألفاً، ولا غصبته ألفاً لم يقنع حتى يقول: ولا شيئاً منها، لجواز أن يكون قد اقترض أو غصب بعضها.

فإذا اقتصر على ذكر السبب، فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين:

أحدهما: أن الحاكم يحلفه قطعاً على العموم، فيقول: والله إنه لا يستحق عليّ شيئاً احترازاً من أن يكون قد غصب أو اقترض ثم قضى.

والوجه الثاني: أنه يحلفه قطعاً بالله إنه ما اقترضها، ولا غصبها، ولا شيئاً منها، لأن احتمال القضاء قد ارتفع عنها بقوله، ما اقترضت ولا غصبت.

فصل: وأما الضرب الثاني، وهو أن يدعي عليه يمين في يديه كدار أو عبد أو ثوب، فلا يستقل بهذه الدعوى إلا أن يصلها بما يوجب انتزاعها من يده، فيقول: وقد غصبني عليها، أو منعني منها بغير حق، لأنها قد تكون له، ولا يستحق انتزاعها من يده، لأنها مستأجرة أو مرهونة، فإذا كملت الدعوى بقول المدعي هذه الدار لي، وقد غصبني عليها، فللمدعى عليه في إنكاره أربعة أحوال:

أحدها: أن يقول: لا حق له في هذه الدار، فهذا جواب مقنع، ولا يتضمن أنها ملك المنكر، ولا أنه لا يملكها بتحلّفه الحاكم على البت بالله إنه لا حق له فيها، ولا

يحتاج أن يقول: ولا في شيء منها، لأن قوله: «لا حق له فيها». مستوعب لجميع أجزائها.

والحال الثانية: أن يقول: لا يستحق هذه الدار، فيحتاج أن يقول: ولا شيئاً منها، لأن قوله: «لا يستحقها» لا يمنع أن يستحق بعضها، فيحلفه الحاكم بالله أنه لا يستحق هذه الدار، ولا شيئاً منها.

والحال الثالثة: أن يقول: هذه الدار لي دونه، فيكون هذا جواباً كافياً، فإن قال: هذه الدار لي ولم يقل دونه أقنع؛ لأنها إذا كانت له فلا شيء فيها لغيره، فيحلفه الحاكم على البت على نفي ملك المدعي، ولا يحلفه على إثبات ملكه، لأنها يمين عليه، وليست بيمين له، فيقول: والله إنه لا يملك هذه الدار، ولا شيئاً منها، أو لا ملك له في هذه الدار أو لا حق له في هذه الدار.

فإن زاد في يمينه: وأنها لي دونه جاز، وكانت ملكاً له في الظاهر بيده لا بيمينه،

والحال الرابعة: أن يقول: ما غصبت هذه الدار، فلا يقنع هذا الجواب، لأنه ادّعى عليه ملك الدار وغصبها، فأنكر الغصب، ولم ينكر الملك، فلا يمنع إذا لم يغصبها منه أن تكون ملكاً له.

فإذا قال: ما غصبته إياها، وهي لي دونه، كان جواب الإنكار، وكان في إحلاف الحاكم له وجهان على ما مَضَى:

أحدهما: يحلفه على ما أجاب به: والله ما غصبته هذه الدار، وأنها لي دونه.

والوجه الثاني: يحلفه أنه لا حق له في هذه الدار، ولا بسببها، لأن الغصب موجب للأجرة، فصار بادعاء غصبها وملكها مدعياً لها ولأجرتها، فاحتاجت يمينه أن تتضمن نفي الأمرين: الملك والأجرة.

فلذلك قال في يمينه: لا حق له فيها، ولا بسببها، لأنه لا يمتنع أن يزول ملكه عنها بعد استحقاق أجرتها بالغصب.

فصل: وأما الضرب الثالث وهو أن يدعي عليه داراً في يد أبيه، فسماع هذه الدعوى معتبر بثلاثة شروط:

أحدها: أن ثبت موت أبيه، فإن كان حياً، وأنكر الابن موته لم تسمع منه الدعوى عليه.

والثاني: أن تكون الدار في تركته، فإن لم تكن في تركته لم تسمع الدعوى عليه،

وسمعت على من هي في يديه إلا أن يدعي الأجرة، فتسمع دعوى الغصب في استحقاق الأجرة دون العين.

والثالث: أن يكون هذا الابن وارثاً، ولا يكون قاتلاً، ولا كافراً، فإن لم يرثه سُمعت الدعوى على من يرثه.

فإذا تكاملت شروط سماعها كان جواب إنكاره وشروط يمينه مترددة بين الأحوال الأربعة في ادعائها في يده إلا في شيئين:

أحدهما: أنه يقتنع منه في جواز إنكاره أن يقول: لا أعلم أنك تستحقها، ولا شيئاً منها، ولو كانت الدعوى عليه، لم يقتنع منه إلا بالقطع أن يقول: لا تستحقها ولا شيئاً منها.

والثاني: أن تكون يمينه على العلم دون البتّ، فيقول: والله إني لا أعلم أنك تستحقها، ولا شيئاً منها، لأن ما نفاه من فعل غيره محمول على العلم دون البتّ، لأنه لا سبيل له إلى القطع بما ادعى عليه من فعل غيره فحمل إنكاره ويمينه على العلم دون البتّ.

فصل: وأمّا الضرب الرابع: وهو أن يدعي عليه دين في ذمة أبيه، فسماع هذه الدعوى معتبر بما ذكرنا من الشرائط الثلاثة: أن يكون أبوه ميتاً وأن يكون هو وارثاً، وأن يخلف أبوه تركة.

فإن مات مُعْدَمَاً لم تسمع الدعوى؛ لأنها على الأب دونه، فإذا تكاملت وأنكرها كان إنكاره على نفي العلم، فيقول: لا أعلم أن لك على أبي هذه الألف، ولا شيئاً منها، فإن قال: لا أعلم أن لك على أبي حقاً أجزأ، ولو أنكر قطعاً، فقال: ليس لك على أبي حق كان أبلغ في لفظ الإنكار، وإن كان محمولاً في المعنى على نفي العلم ثم يكون يمينه بعد إنكاره على العلم دون البت بحسب إنكاره، فيقول: والله إني لا أعلم أن لك على أبي هذه الألف، ولا شيئاً منها، ووالله ما أعلم أن لك على أبي حقاً، فإن لم يكن معه وارث سواه سقطت الدعوى بيمينه، وزالت المطالبة بها، وإن كان معه وارث سواه أحلف بمثل يمينه إذا أنكر كإنكاره، وسواء قل سهمه أو كثر.

فإن أنكر أحد الوارثين، واعترف الآخر ألزم المنكر حكم إنكاره، وألزم المعترف حكم اعترافه، وهل يلزمه قضاء جميع الدين أو قدر حقه منه؟ على قولين مضيا في كتاب الإقرار.

فإن شهد بالدين على المنكر، لم تقبل شهادته إن ألزم جميع الدين، وقبلت إن ألزم قدر حقه منه.

فهذا حكم اليمين على النفي، وإنها مستحقة في الإنكار.

فصل: وأما اليمين على الإثبات، فمستحقه في ثلاثة مواضع:

أحدها: في الدماء مع اللَّوْث، وقد مضت في القسامة.

والثاني: يمين الرد على المدَّعِي بعد نكول المدعى عليه.

والثالث: اليمين مع الشاهد القائمة مقام شاهد.

فأما يمين الرد، فعلى ضربين: في يمين، ودَيْنٍ.

فأما اليمين في العين فعلى ضربين:

أحدهما: أنه يدعيها لنفسها.

والثاني: لأبيه.

فإن ادعاها لنفسه كادِّعَائِه ملك دار أو عبد في يد منكرٍ ناكلٍ، فيحلف بالله: إن هذه الدار لي في ملكي، لا حق فيها لصاحب اليد، والجمع بين هذه الثلاثة احتياط وتأكيد. ولو اقتصر على أن حلف أن هذه الدار لي أجزأت.

وكذلك لو حلف واقتصر على أنها ملكي أجزأ، وهو أوكد من قوله: إنها لي. ولو اقتصر على أنه لا حق فيها لصاحب اليد لم تُجْزِه، ولم يصر بيمينه مالكاً لها، لأنها قد تكون في يده ملكاً لغيره.

فصل: ولو ادعاها لأبيه سمعت دعواه بشرطين:

أحدهما: أن يكون أبوه ميتاً، فإن كان حياً لم تسمع.

والثاني: أن يكون وارثاً، فإن لم يرثه، لكونه قاتلاً أو كافراً لم تسمع.

فإذا استكملت الشرطين جاز أن يحلف على البتّ بالله إن هذه الدار لأبيه، وعلى ملكه، إلى أن مات عنها لا حق فيها لصاحب اليد، ولو لم يقل: إلى أن مات عنها، وإن كان ذلك أحوط، لأنه إذا أثبت ملك أبيه بعد موته، فقد أثبت ملكه إلى حين موته. فإذا حلف جرى عليها ملك أبيه، وانتقلت إليه ميراثاً، وقضى منها ديونه، ونفذ منها وصاياه.

فإن قيل: أفلستم تقولون: إنه لا يملك أحد مالاً بيمين غيره؟ فلم قلتم: الأب مالك بيمين ابنه؟

قيل: لأن الابن قائم مقام الأب في استحقاق الملك، فقام مقامه في إثباته باليمين، كما يحلف الوكيل على ما ابتاعه لموكله، ويحلف العبد على ما ابتاعه، وإن

كان الملك لغيره. فإن نكل هذا الابن عن يمين الرد، وأجاب إليها أرباب الديون والوصايا نظر: فإن اتسعت التركة لقضاء ديونهم ووصاياهم، لم يجز أن يحلفوا. وإن ضاقت التركة عن ديونهم ووصاياهم، ففي جواز إحلافهم عليها قولان مضيا. فإذا أحلفوا ثبت من ملك الميت بقدر الديون والوصايا، وبقي ما زاد عليها على ملك المدعى عليه، لا يملكه الورثة كما لو حلف بعض الورثة أثبت بيمينه حق نفسه، ولم يثبت بها حق غيره من الورثة.

وأما اليمين في الدين، فعلى ضربين:

أحدهما: لنفسه.

والثاني: لأبيه.

فإن كان الدين له كادّعائه ألف درهم ديناً له، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يطلقها.

والثاني: أن يذكر سببها.

فإن أطلقها حلف يميناً على إثباتها، ونفى ما يسقطها، فيقول: والله إن لي عليه ألف درهم ما قبضتها، ولا شيئاً منها، ولا قُبِضَتْ لي، ولا شيء منها، ولا أحلت بها، ولا بشيء منها، ولا أبرأته منها، ولا من شيء منها، ولا وجب له علي ما يبرأ به منها أو من شيء منها، لأنه قد يجنى عليه أو يشتري منه بقدر دينه، فيصير قصاصاً في قول من يجعل الديون المتماثلة قصاصاً.

ثم يقول: وإنها لثابتة عليه إلى وقتي هذا، فتكون يمينه إذا استوفيت بكمالها مشتملة على ثلاثة أشياء:

أحدها: إثبات استحقاقها.

والثاني: نفي سقوطها.

والثالث: بقاؤها إلى وقت يمينه.

فأما إثباتها باليمين، فمستحق.

وأما بقاؤها إلى وقت اليمين فمستحب.

وأما نفي إسقاطها، ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: مستحق، لأن ثبوتها لا يمنع من حدوث ما يسقطها.

والوجه الثاني: مستحب، لأن إثباتها في الحال يمنع من سقوطها من قبل.

وإن ذكر سبب استحقاقها أنه من قرض أو غصب أو قيمة متلَف أو ثمن مبيع نظر: فإن كان السبب ظاهراً يحتمل أن يكون له فيه بينة وجب أن يذكر سبب الاستحقاق في يمينه، لأن لا يقيمها، فيستحق بها ألفاً أخرى، وإن كان السبب خفياً لم يجب ذكره في اليمين، وكان ذكره فيها احتياطاً.

فصل: وإن كان الدين لأبيه حلف على إثباته قطعاً، وعلى نفي سقوطه علماً، فقال: والله إن لأبي عليك ألفاً لا أعلمه قبضها، ولا شيئاً منها على ما ذكرناه، لأن إثبات فعل الغير مستحق على البتّ، ونفي فعل الغير مستحق على العلم. فإن كان الابن هو الوارث وحده، استحق جميعها، وإن كان أحد الورثة استحق منها قدر نصيبه، وكان باقيها موقوفاً على إثبات شركائه فيها، وليس لهم إن نكلوا أن يشاركوا الحالف في حقه، لأنهم قادرون على الوصول إلى حقوقهم بمثل وصوله.

فصل: وأما اليمين مع الشاهد، فهي كيمين الإثبات في الرد بعد النكول.

واختلف أصحابنا هل يلزمه أن يذكر فيها؛ وأن ما شهد به شاهده حق، وصدق على ما شهد به؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه ذاك تحقيقاً لشهادته، وإثباتاً لقوله.

والوجه الثاني: لا يلزمه ذلك، لأنه في يمينه بمثابة الشاهد الآخر، وليس يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الآخر وصحة شهادته.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرناه في أيمان النفي والإثبات، فصورة مسألتنا في رجل ادعى على رجل ألفاً، فذكر المدعى عليه أنه قد برىء منها، فصار مقراً بها، ومدعياً لسقوطها عنه بعد وجوبها عليه، وصار المدعي مدعياً عليه قد استحق الألف بالإقرار، ووجبت عليه يمين النفي في الإنكار. وهي معتبرة بدعوى البراءة، ودعواها على ضربين:

أحدهما: أن يطلقها.

والثاني: أن يعينها.

فإن أطلقها وقال: قد برئت إليه منها، فقد عم، ولم يخص، فيكون يمين المنكر لها على العموم على ما وصفها الشافعي في اشتمال يمينه على جميع أنواع البراءات، فيقول: والله ما قبضتها، ولا شيئاً منها، ولا قبضها له قابض بأمره، ولا شيئاً منها، وعبر الشافعي عن القبض بالاقتضاء، وعن الأمر بالعلم، وذكرُ القبض أولى من الاقتضاء لأن الاقتضاء المطالبة والقبض الاستيفاء، وهو لا يبرأ بالاقتضاء، ويبرأ بالاستيفاء.

وذكر الأمر أولى من العلم، لأنه قد يعلم أنه قبضها من لم يأمره، فلا يبرأ به.

ثم يقول: ولا أحال بها عليه ولا بشيء منها، ولا أبرأه منها، ولا على شيء منها. وزاد الشافعي في «الأم»: «ولا كان منه ما يبرأ به منها، ولا من شيء منها» يعني: من جناية عليه أو إتلاف لماله بقدر دينه، ويقول: وإنها لثابتة عليه إلى وقت يمينه هذه.

فهذه ستة أشياء ذكرها الشافعي في اشتمال يمينه عليها، اختص الشافعي بذكرها وإن لم يذكرها أكثر الفقهاء، فلم يختلف أصحابه أن السادس منها، وهو قوله: «وإنها لثابتة عليه إلى وقت يمينه» أنه استظهار، وليس بواجب.

واختلفوا في الخمسة الباقية على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين أنها واجبة لتشتمل على أنواع البراءات، فينتهي بهما احتمال التأويل.

والوجه الثاني: أن هذا التفصيل استظهار، ولو اقتصر في يمينه على أن قال: ما برئ إلي منها، ولا من شيء منها، لعم في الحكم جميع أنواعها من قبض وحوالة وإبراء، وما يوجب الإبراء.

فصل: وإن خص بنوع الإبراء ما يعم، فقال: دفعتها إليه أو قال: أحال بها علي، أو قال: أبرأني منها، فقد اختلف أصحابنا: هل تكون يمينه مقصورة على النوع الذي ادعاه أو مشتملة على غيره من الأنواع على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر ما أطلقه الشافعي: أنها تشتمل على عموم أنواع البراءات في ذكر الأنواع الخمسة، لأنها أنفى للاحتمال، وهل تكون على الاحتياط أو على الوجوب؟ على ما قدمناه من الوجهين.

والوجه الثاني: وهو أصح أن يمينه تكون مقصورة على النوع الذي ادعى البراءة به دون غيره، لأن ما لم يذكره لم يتبرع به له، وما لم يدعه لم يحلف عليه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أُحْلِفَ قَالَ وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالِمِ الغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَةِ ثُمَّ يَنْسِقُ اليَمِينَ».

قال الماوردي: وهذا هو الأولى في صفة اليمين، لأنها موضوعة للزجر، فعدل بها عن معهود الأيمان، فيما يكثرونه في كلامهم من لغو اليمين، لأنه أبلغ في الزجر عنها، وأمنع من الإقدام عليها.

وأولى الأيمان الزاجرة ما ذكره الشافعي أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، وقال في الأم: ﴿الذي يعلم خائنة الأعين، وما تخفي الصدور﴾، وهما سواء في المعنى، وإنما كان ذلك أولى لأن نسقها إلى الرحمن الرحيم قد تضمنها القرآن، وقوله: «الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، تنبيهاً للحالف على علم الله بصدقه، وكذبه، فإن ذلك في إحلافه مما يفعله كثير من الحكام: بالله الطالب الغالب، الضار، النافع، المدرك، المهلك، جاز، وإن لم يكن في نسق تلاوتها في القرآن لما فيه من تنبيه الحالف على استدفاع مضاره، واجتلاب منافعه، ومن زجر الحالف أن يعظه الحاكم قبل إحلافه بقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً. . . ﴾ [آل عمران: ٧٧] وبقول النبي ﷺ: «مَنْ حَلَفَ يَمِيناً كَاذِبَةً، لِيَقْتَطِعَ بِهَا مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَقِيَ اللَّهُ، وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ»[1].

وحكي أن رجلاً قدم إلى الحاكم، فهم باليمين، فلما وعظه بهذا امتنع وأقر، وقال: ما ظننت أن الحالف يستحق هذا الوعيد.

فإن اقتصر على إحلافه بالله أو بصفة من صفة ذاته، كقوله: وعزة الله، وعظمة الله، جاز.

قد اقتصر رسول الله ﷺ في إحلاف رُكانة على أن أحلفه بالله، لأنه من أعظم أسمائه، وقيل: هو اسمه الأعظم، وقيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿هَلْ تَعْلَمُ لَهُ سَمِيّاً﴾ [مريم: ٦٥]، أي: من يتسمى بالله، لأنه لم يتسم به أحد من المخلوقين، وإن تسموا بغيره من أسمائه.

وشذ بعض أصحابنا، فقال: لا يجزئه إحلافه بالله، حتى يغلظها بما وصفنا، ليخرج بها عن عادته، ويعيدها الحاكم عليه مغلظة.

فأما إحلافه بالمصحف، وما فيه من القرآن، فقد حكى الشافعي عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على المصحف، قال: ورأيت مطرفاً بضعاً يحلف على المصحف.

---

(١) أخرجه البخاري (١١/٥٥٣)، كتاب الإيمان والنذور، باب عهد الله عز وجل، حديث (٦٦٥٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٤٤) والإمام أحمد في مسنده (١/ ٤٦٠) (٤/ ١٩٢) (٥/ ٢١٢).

قال الشافعي: وهو حسن، وعليه الحكام باليَمَن، وهذا إنما استحسنه فيما تغلظ فيه اليمين بالمكان والزمان.

فأما إحلافه بالملائكة والرسل وما يعظم من المخلوقات، فلا يجوز، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «سَمِعَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا أَقُولُ: وَذِمَّةِ الخَطَّابِ، فَضَرَبَ كَتِفِي وَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفاً، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ فَلْيَصْمِتْ». قال عمر: فما حلفت بها بعد ذاكراً ولا آثراً، وفيه تأويلان:

أحدهما: عاهداً، ولا ناسياً.

والثاني: قائلاً ولا حاكياً.

فإن أحلفه الحاكم بشيء من المخلوقات، فقد أساء وأثم، ولا يتعلق بها حكم اليمين، ولا يجوز أن يحلف أحداً بطلاق ولا عتق ولا نذر، لأنها تخرج عن حكم اليمين إلى إيقاع فرقة، والتزام غرم، وهو مستبدع، وقد قال الشاعر:

رَأَيْتُ كُلَيْباً أَحْدَثَتْ فِي قَضَائِهَا ... طَلاَقَ نِسَاءٍ لَمْ يَسُوقُوا لَهَا مَهْرَا

قال الشافعي: ومتى بلغ الإمام أن حاكماً يستحلف الناس بالطلاق والعتاق عزله عن الحكم، لأنه جاهل. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَقْبَلُ مِنْهُ اليَمِينَ إِلاَّ بَعْدَ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ الْحَاكِمُ وَاحْتَجَّ بِأَنَّ رُكَانَةَ قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي البَتَّةَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ «وَاللَّهِ مَا أَرَدْتَ إِلاَّ وَاحِدَةً»؟ فَرَدَّهَا إِلَيْهِ وَهَذَا تَجْوِيزاً لِلْيَمِينِ فِي الطَّلاَقِ وَالرَّجْعَةِ فِي طَلاَقِ الْبَتَّةَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا وجبت اليمين على خصم في نفي أو إثبات، فعجلها عند الحاكم قبل استحلافه، لم تجزه، ولم يتعلق بها الحكم المطلوب، واستحلفه الحاكم عليها، وإن تقدم سماعها منه؛ لأمور منها: ما ذكره الشافعي من حديث رُكَانَةَ أنه قال للنبي ﷺ «إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي الْبَتَّةَ، وَوَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلاَّ وَاحِدَةً، فَقَالَ لَهُ النبي ﷺ: «وَاللَّهِ مَا أَرَدْتَ إِلاَّ وَاحِدَةً»؟ فردها عليه، وإن سمعها منه؛ لأنه قدمها قبل استحلافه.

ولأن من شرط اليمين استيفاء الحاكم لها، لتكون على نية المستحلف دون الحالف، وهذا الشرط معدوم في اليمين المتقدمة، فلم يقع موقع الإجزاء.

ولأنها مؤقتة بعد نظر الحاكم واجتهاده، فكان تقديمها في مجلسها كتقديمها في

غير مجلسه، وكلعان الزوجين إذا قدماه قبل لعان الحاكم بينهما لم يتعلق به حكم اللعان.

فصل: فإذا ثبت بما ذكرنا أن اليمين المستحقة في النفي والإثبات هي التي يستوفيها الحاكم على الحالف، فمن صفته في أخذها عليه أن يأمره بها، فصلاً بعد فصل، يقول الحالف في كل فصل منها مثل ما يأمره الحاكم على سواء، لأن يمينه محمولة على اجتهاد الحاكم، فلم يجز للحاكم أن يفوضها إليه، فتكون مردودة إلى اجتهاده، فتصير محمولة على نيته لا على نية مستحلفه، فإن فوضها الحاكم إليه، فاستوفاها الحالف على نفسه كان الحاكم مقصراً في حق المستحلف.

وفي إجزاء اليمين وجهان محتملان:

أحدهما: تجزىء فيما يجب بها من نفي وإثبات، لأنها باجتهاد الحاكم، وعن أمره.

والوجه الثاني: لا تجزىء، لأنها تصير محمولة على نية الحالف، وهي مستحقة على نية المستحلف، فكانت غير المستحقة.

وإذا أخذها الحاكم على الحالف، فقال بعد يمينه: «إن شاء الله» أعادها عليه، لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى يرفع حكمه، وكذلك لو علقها بشرط أو وصلها بكلام لم يفهمه الحاكم أعادها عليه، وهكذا لو قطعها الحالف أو أدخل في إثباتها ما ليس منها أعادها الحاكم عليه من أولها إلى آخرها، وزجره عليه إن عمد حتى تخلص اليمين من استثناء يرفعها أو شرط يفسدها، أو إدخال كلام يقطعها، أو سكوت يبطل ما تقدمها.

فصل: وإذا كان من وجبت عليه اليمين أخرس، فإن كان مفهوم الإشارة أحلف بالإشارة لأنها في حق الأخرس تقوم مقام العبارة في حق الناطق، وإن كان غير مفهوم الإشارة كان الحكم موقوفاً إلى أن يزول ما به أو تفهم إشارته، كما يوقف الحكم في حق المجنون إلى حال إفاقته، فإن طلب المدعي رد اليمين عليه، لتعذر اليمين من جهة المدعى عليه لم يجز، لأنها لا ترد إلا بعد النكول عنها، ولم يعرف نكول الأخرس عنها.

فصل: قال الشافعي: «وهكذا يجوز اليمين في الطلاق والرجعة في طلقة البتة»، يريد به حديث ركانة، فيما يتعلق به من الأحكام بعد أن دلّ على إعادة اليمين إذا قدمت على الاستحلاف، فدلّ به الشافعي على حكمين:

أحدهما: وجوب اليمين في الطلاق.

والثاني: استحقاق الرجعة في طلقة البتة.

وقد استخرج أصحابنا منه أدلة على أحكام في ثلاثة أقسام:

أحدها: الاستحلاف، وفيه أدلة على خمسة أحكام:

أحدهما: أن تعجل اليمين قبل الاستحلاف لا يجزىء.

والثاني: جواز الاقتصار في اليمين على إحلافه بالله من غير تغليظ بصفاته.

والثالث: جواز حذف واو القسم من اليمين، فقد روي في بعض الأخبار أن النبي ﷺ قال لركانة: «اللَّهِ إِنَّكَ أَرَدْتَ وَاحِدَةً؟» فَقَالَ: اللَّهِ إِنِّي أَرَدْتُ وَاحِدَةً»[1].

والرابع: استحقاق اليمين في الطلاق والنكاح والرجعة إذا وقع فيه الخلاف والتنازع بخلاف ما يقوله أبو حنيفة: لا يمين في ذلك.

والخامس: استحلافه على نيته، وإن لم تعلم إلا من جهته.

والقسم الثاني: الطلاق، وفيه أدلة على خمسة أحكام:

أحدها: أن البتة لا تكون طلاقاً ثلاثاً، بخلاف ما قاله مالك، فإنه جعل البتة ثلاثاً، وقد جعلها النبي ﷺ واحدة بإرادة ركانة.

والثاني: أن اللفظ محمول على إرادة المطلق، فإن لم يرد به الطلاق لم يقع.

والثالث: أن يحمل على إرادته في العدد، وأنه إن أراد طلقتين وقعتا بخلاف ما قاله أبو حنيفة، أنه لا يقع به إلا واحدة أو ثلاثاً، ولا يقع به طلقتان، وقد أحلف ركانة على ما أراده.

والرابع: أن طلاق الثلاثة يقع دفعة واحدة إذا أريد، بخلاف ما قاله أهل الظاهر ومن وافقهم فمنهم من يقول، تقع به واحدة، ومنهم من يقول: لا يقع به الطلاق بحال.

ولو لم تقع الثلاثة ما أحلف ركانة على إرادة الواحدة.

---

(١) أخرجه: ابن ماجة (١/ ٦٦١)، كتاب الطلاق البتة، حديث(٢٠٥١) والترمذي (٣/ ٤٨٠)، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة حديث (١١٧٧) أخرجه أبو داود (١/ ٦٧١)، كتاب الطلاق، باب في البتة، حديث رقم (٢٢٠٦)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٩٩).

والخامس: أن طلاق الثلاث ليس ببدعة ولا حرام بخلاف ما قاله أبو حنيفة؛ لأنه لو كان مبتدعاً حراماً ما أحلف ركانة عليه، ولبيّنه الرسول ﷺ له.

والقسم الثالث: الرجعة، وفيه أدلة على خمسة أحكام:

أحدهما: أن الرجعة مستحقة في البتة بخلاف ما قاله أبو حنيفة أنها تكون طلقة بائنة، لأن النبي ﷺ «أَقَرَّ رُكَانَةَ عَلَى زَوْجَته».

والثاني: استحقاق الرجعة في كل طلاق، لم يبت.

والثالث: اختصاص الرجعة بالقول في قصة ركانة بردّها عليه.

والرابع: جواز الرجعة بغير علم الزوجة، لرجعة ركانة بغير علمها.

والخامس: جوازها بغير شهادة على أحد القولين. والله أعلم.

بَابُ الامْتِنَاعِ مِنَ اليَمِينِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى غَيْرَ دَمٍ فِي مَالٍ أُحْلِفَ المُدَّعَى عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ وَإِنْ نَكَلَ قِيلَ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ وَاسْتَحِقَّ فَإِنْ أَبَيْتَ سَأَلْنَاكَ عَنْ إِبَائِكَ فَإِنْ كَانَ لِتَأْتِي بِبَيِّنَةٍ أَوْ لِتَنْظُرَ فِي حِسَابِكَ تَرَكْنَاكَ وَإِنْ قُلْتَ لَا أُؤَخِّرُ ذَلِكَ لِشَيْءٍ غَيْرَ أَنِّي لَا أَحْلِفُ أَبْطَلْنَا أَنْ تَحْلِفَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وإنما شرط أن تكون الدعوى في غير دم، لأن دعوى الدم مخالفة لدعوى المال من وجهين:

أحدهما: أنه يبدأ بيمين المدعي مع اللوث.

والثاني: أن يحلف في الدم خمسين يميناً.

وهذان الوجهان ممتنعان في دعوى الأموال.

فإذا كانت الدعوى في مال، وأنكره المدعى عليه.

قيل للمدعي: ألك بينة؟ فإن أقامها حكم له بها، ولم يحلف المدعى عليه معها، لقول النبي ﷺ للحضرمي لما تحاكم إليه مع الكندي: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: لَكَ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَاكَ». فقدم البينة على اليمين، ولأن البينة حجة خارجة عن المحتج بها، فانتفت التهمة عنها، واليمين صادرة عن المحتج بها فتوجهت التهمة إليها، وما عدمت التهمة فيه أقوى مما توجهت إليه.

وتقديم الأقوى على الأضعف أولى من تقديم الأضعف على الأقوى؛ ولأن البينة قول اثنين، واليمين قول واحد، وقول الاثنين أولى من قول الواحد.

فإن لم يقم المدعي البينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأنه قد صار مع عدم البينة أقوى من المدعي، لأن الدعوى إن كانت في دين يتعلق بذمته، فالأصل براءة ذمته.

وإن كانت في عين بيده دلت اليد في الظاهر على ملكه، وقيل للمدعي: قد وجبت لك عليه اليمين، فأنت في استقضائها عليه مخير، فإن أعفاه أمسك عن

المطالبة، وإن طالب بها قيل للمدعى عليه: أتحلف؟ فإن حلف سقطت الدعوى وإن نكل لم يسأل عن سبب النكول إلا أن يبتدىء، فيقول: أنا متوقف عن اليمين، لأنظر في حسابي، وأستثبت حقيقة أمري، فينظر ما قل من الزمان، ولا يبلغ إنظاره ثلاثة أيام.

وإن لم يبتدىء بذكر السبب الموجب لتوقفه حكم بنكوله، ولم يقض عليه بالدعوى حتى يحلف المدعي على استحقاقها.

وحكم عليه أبو حنيفة بالحق إذا نكل. والكلام معه يأتي.

قال الشافعي: لأن نكول المدعى عليه عن اليمين ليس بإقرار منه بالحق، ولا بحجة للمدعِي، فلا أقضي عليه، فإن بذل اليمين، بعد نكوله لم تقبل منه، لسقوط حقه منها بالنكول. وسواء كان بعد رد اليمين على المدعي أو قبله.

فإذا حلف المدعي صار بيمينه مع نكول المدعى عليه أقوى منه، فقضى بحقه عليه، واختلف هل تكون يمينه مع النكول قائمة مقام الإقرار أو مقام البينة على قولين فذكرهما من بعد. وإن توقف المدعي عن اليمين لم يحكم بنكوله حتى يسأل عن سبب توقفه، فإن ذكر أنه متوقف عن اليمين، ليرجع إلى حسابه، ويستظهر لنفسه أنظر بها، وكان على حقه من اليمين، ولم تضيق عليه المدة.

ولو تركها تارك بخلاف المدعى عليه إذا استنظر[1]، لأن يمين المدعي حق له، ويمين المدعى عليه حق عليه.

فإن لم يذكر المدعي في توقفه عن اليمين عذراً إلا أنه لا يختار أن يحلف، حكم بنكوله، وسقوط دعواه.

فإن دعا إلى اليمين بعد نكوله عنها لم يستحلف بعد الحكم بنكوله، وقيل: لك أن تستأنف الدعوى، فتصير كالمبتدىء بها، ويكون للمدعى عليه أن يحلف إذا أنكرها؛ لأنها غير الدعوى التي حكم بنكوله فيها، فإن حلف بريء وسقطت الدعوى، وإن نكل ردت على المدعي، فإذا حلف حكم له بالدعوى.

فإن قيل: فلم سألتم المدعي عن سبب نكوله، ولم تسألوا المدعى عليه عن سبب نكوله؟ قيل: لأن نكول المدعى عليه قد أوجب حقاً للمدعي في رد اليمين عليه، فلم يجز أن يتعرض الحاكم لإسقاطه بسؤال المدعى عليه، ويمين المدعي مقصورة على حق نفسه، لا يتعلق بها حق لغيره، فجاز أن يسأل عن سبب امتناعه منها.

---

(١) في د استظهر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ حَلَفَ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَحْلِفْ فَنَكَلَ المُدَّعِي فَأَبْطَلْنَا يَمِينَهُ ثُمَّ جَاءَ بِشَاهِدَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ أَخَذْنَا لَهُ حَقَّهُ وَالبَيِّنَةُ العَادِلَةُ أَحَقُّ مِنَ اليَمِينِ الفَاجِرَةِ».

قال الماوردي: وصورتها في دعوى أحلف المنكر عليها، ثم أحضر المدعي بعد اليمين بينة، سمعت بينته في قول جمهور الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلى: لا تسمع بينته على المدعى عليه بعد يمينه استدلالاً بأن الحكم قد نفذ بسقوط الدعوى، وبراءة الذمة، فلم يجز أن ينقض بسماع البينة واستحقاق الدعوى.

ولأنه قد اعتاض عن الدعوى باليمين، فلم يجز أن يجمع بين عوضين.

ودليلنا: ما رواه رجاء بن حيوة عن ابن عمر، قال: اختصم رجال من حضرموت إلى رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَقِيَ اللَّهَ، وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ».

فموضع الدليل منه أنه لم يجعل اليمين مبرئة في الباطن، وإن انقطعت بها المطالبة في الظاهر فإذا قامت بها البينة لزمت في الظاهر والباطن.

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: البينة أحق من اليمين الفاجرة.

وقد روي هذا مسنداً من طريق لا يثبت، وهو صريح في موضع الخلاف، وحجته أن وقف وأسند، لأنه لم يظهر لعمر فيه مخالف، ولأن الحق يثبت بالإقرار تارة، وبالبينة أخرى.

فإذا لم تمنع اليمين من ثبوت الحق بالإقرار، لم تمنع من ثبوته بالبينة ولو برىء باليمين لسقط بالإقرار، وفيه جواب عن الاستدلال بالبراءة، وتأخذ العوض باليمين، لأن اليمين تسقط المطالبة، ولا تبرىء من الحق، ولذلك قال النبي ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَلَعَلَّ أَحَدَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّما أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

فصل: فإن قيل: فكيف يستحلف المدعى عليه مع إمكان البينة، فإنما يستحلف مع عدمها.

قيل: للمدعي عند المطالبة باستحلاف المدعى عليه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول لي بينة لا أقدر عليها لغَيبة أو عذر، فيستحلف خصمه، ثم تحضر بينته، فتسمع.

والحال الثانية: أن يقول: لي بينة حاضرة، وأنا أطلب إحلاف خصمي، فلا يمنع من استحلافه، ولا من إقامة البينة بعد يمينه، لأن البينة حجة لا يجبر على إقامتها، ويجوز أن يعدل عنها إلى طلب اليمين، إما لينزجر بها، فيقر، وإما ليحتقب بها وزراً.

فإذا لم يُزجر بها عن الإنكار جاز أن يقيم الحجة ببينته، ويظهر بها صدق الدعوى، وكذب الإنكار، وحنث اليمين.

والحال الثالثة: أن يقول: ليس لي بينة، وأنا أطلب اليمين، لعدم البينة، فإذا أقامها بعد إحلاف المدعى عليه، فقد اختلف في قبولها.

وقد حكي عن محمد بن الحسن، وبعض أصحاب الشافعي أنها لا تُسمع، لأن في إنكار البينة حرجاً لمن يشهد بها، ولا تسمع له بينة قد جحدها.

وقال أبو يوسف: تسمع بينته، وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه، لأنه قد تُنسى البينة ثم يذكرها، وقد تكون له بينة، ولا يعلم بها، ثم يعرفها، فلم يكن في قوله حرج، ولا تكذيب.

وقال بعض أصحاب الشافعي مذهباً ثالثاً: إن كان هو الذي استوثق بإشهاد البينة لم تقبل منه إذا أنكرها.

وإن كان قد استوثق بها وليه في صغره أو وكيله في كبره قبلت منه إذا أنكرها، لأنه لا يجهل فعل نفسه، وقد يجهل فعل غيره.

وهذا الفرق لا وجه له، لأنه إن لم يجهل فعل نفسه في وقته، فقد ينساه بعد وقته، وسواء كانت هذه البينة بعد يمين المنكر بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمينه إذا كان مما يحكم فيه بالشاهد واليمين.

فصل: وأما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وردت على المدعي، فنكل عنها، وأقام شاهداً، ليحلف مع شاهده ففي جواز إحلافه مع شاهده قولان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي في كتاب «الأم»، وفي «الجامع الكبير» للمزني: لا يحكم له باليمين مع شاهده، لأنه بنكوله عنها في الرد قد أسقط حقه بها من بعد.

والقول الثاني: وحكاه المزني في هذا المختصر أنه يحكم له باليمين مع الشاهد،

لأن يمين الرد غير اليمين مع الشاهد، لاختلاف السببين، وافتراق المعنيين، فلم يكن سقوط إحداهما موجباً لسقوط الأخرى.

وعلى هذا لو كان بالعكس، وهوإذا نكل المدعي عن اليمين مع الشاهد، فردت عليه اليمين بنكول المنكر المدعى عليه، فأراد أن يحلف كان على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: لا يحلف تعليلاً بأنه قد أسقط حقه من اليمين بالنكول.

والقول الثاني: يحلف تعليلاً باختلافها في السبب والمعنى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَدَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ اليَمِينَ فَقَالَ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ فَقَالَ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَا أَحْلِفُ لَمْ أَجْعَلْ ذَلِكَ لَهُ لأَنِّي قَدْ أَبْطَلْتُ أَنْ يَحْلِفَ وَحَوَّلْتُ اليَمِينَ عَلَى صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وقد قدمناه، وقلنا: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وجب ردها على المدعي، فأجاب المدعى عليه إلى اليمين بعد نكوله لم يستحلف، وكان المدعي أحق باليمين لإثبات حقه، لأنه قد استحقها بنكول خصمه، فلم يكن للخصم إبطالها عليه فإن قيل: أفليس لو امتنع المدعي من إقامة البينة، واستحق المدعى عليه أن يحلف لسقوط الدعوى عنه، فلو أقام المدعي البينة كان له، وأسقط بها يمين المدعى عليه، فهلا كانا سواء؟

قيل: لا يستويان، لأن البينة تجوز أن تقام بعد يمين المدعى عليه، فكان إقامتها قبل يمينه أولى، لأن اليمين والبينة معاً حق للمدعي، فكان له الخيار في أيهما شاء، وله الجمع بينهما إذا تقدمت اليمين، وليس له الجمع بينهما إذا قَدَّمَ البينة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أُحْلِفُهُ مَا اشْتَرَيْتُ هَذِهِ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدَيْهِ لَمْ أُحْلِفْهُ إِلاَّ مَا لِهَذَا وَيُسَمِّيهِ فِي هَذِهِ الدَّارِ حَقٌّ بِمِلْكٍ وَلاَ غَيْرِهِ بِوَجْهٍ مِنَ الوُجُوهِ لأَنَّهُ قَدْ يَمْلِكُهَا وَتَخْرُجُ مِنْ يَدَيْهِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة قد مضى نظائرها في جملة ما تقدم من قبل: وقلت: فإذا ادعى رجل على رجل داراً في يديه أنه اشتراها منه، لم يخل حال المدعى عليه في الإنكار من أن يقول: ما له فيها حق، أو يقول: ما اشتراها مني.

فإن كان جواب إنكاره أنه ما له فيها حق تمليك، ولا غيره كان جوابه مقنعاً،

وأحلف بمثله، ولم يحلف أنه ما اشتراها منه، لأنه قد يجوز أن يبيعها عليه، ويبتاعها منه، فيجب أن يحلف: ما اشتراها، وإن كان مالكاً لها، وإذا كان كذلك، حلف، فقال: والله ما لهذا ويسميه، وتسميته استظهار، وليست بواجبة، لأن الإشارة إليه تغني عن تسميته: ما له في هذه الدار حق بملك، ولا غيره بوجه من الوجوه، وهذا تأكيد.

ولو اقتصر على أن ما له في هذه الدار حق أجزأ، لأنه يعم الملك وغيره من جميع الوجوه. وإن كان جواب المنكر مقابلاً لدعوى المدعي، فقال: ما اشتراها مني. ففي يمينه وجهان:

أحدهما: أنه يحلف على مثل ما تقدم، أنه ما له في هذه الدار حق استظهاراً من أن يكون قد ملكها بعد البيع.

والوجه الثاني: بل يكون يمينه موافقة لجواب إنكاره، لأن هذا الاحتمال قد ارتفع بقوله: ما اشتراها منه، [فعلى هذا يحلف بالله أنه ما اشتراها منه][1] ولا شيئاً منها، ولا اشتريت له، ولا شيء منها.

ولو حلف بالله ما باعها عليه، ولا شيئاً منها، ولا باعها على أحد اشتراها له، ولا شيئاً منها ولا باعها عليه أحد من جهته، ولا شيئاً منها أجزأ لأن نفي الشراء موجب لنفي البيع، ونفي البيع موجب لنفي الشراء، فقام نفي كل واحد منهما، مقام نفي الآخر.

وفي أولاهما باليمين وجهان محتملان:

أحدهما: أن الأولى أن يحلف ما اشتراها منه، لأنها مقابلة للدعوى.

والوجه الثاني: بل الأولى أن يحلف ما باعها عليه، لأنها أخص بنفي فعله.

فصل: ولو ادعى عليه أنه قتل أباه، وكمل الدعوى بذكر صفة القتل، فللمنكر حالتان:

إحداهما: أن ينكر القتل.

والثانية: أن ينكر بهذه الدعوى عليه حق.

فكل واحد من جوابي هذا الإنكار مقنع، فيحلف إن أنكر الحق أنه ما يستحق

---

(١) سقط في آ.

عليه بدعوى هذا القتل حق من قود ولا دية، ولا يحلف أنه ما قتل، لأنه قد يجوز أن يكون قتله قوداً أو قتله مرتداً، أو قتله لأنه وجده على امرأته، أو قتله لدفعه عن نفسه، فلذلك جاز أن يعدل في إنكاره ويمينهِ إلى نفي الحق دون القتل.

وإن كان قد أنكر القتل كانت يمينه على ما ذكرناه من الوجهين:

أحدهما: ما قتل.

والثاني: ما عليه حق بهذا القتل من قود، ولا عقل. والله أعلم.

بَابُ النُّكُول وَرَدِّ اليَمِين
مِنَ الجَامِعَ وَمِنَ اخْتِلَافِ الشَّهَادَاتِ وَالحُكَّام وَمِنَ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ وَمِنْ إمْلَاءٍ فِي الحُدُودِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ يَقُومُ النُّكُولُ مَقَامَ إقْرَارٍ فِي شَيْءٍ حَتَّى يَكُونَ مَعَهُ يَمِين المُدَّعِي فَإنْ قِيلَ فَكَيْفَ أَحْلَفْتَ فِي الحُدُودِ وَالطَّلاَقِ وَالنَّسَبِ وَالأَمْوَالِ وَجَعَلْتَ الأَيْمَانَ كُلَّهَا تَجِبُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ وَجَعَلْتَهَا تُرَدُّ عَلَى المُدَّعِي؟ قِيلَ قُلْتُهُ اسْتِدْلاَلاً بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ثُمَّ الخَبَرِ عَنْ عُمَرَ حَكَمَ اللَّهُ عَلَى القَاذِفِ غَيْرِ الزَّوْجِ بِالحَدِّ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً مِنْهُ إلاَّ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء وَأَخْرَجَ الزَّوْجَ مِنَ الحَدِّ بِأَنْ يَحْلِفَ أَرْبَعَةَ أَيْمَانٍ وَيَلْتَعِنَ بِخَامِسَةٍ فَيَسْقُطَ عَنْهُ الحَدُّ وَيَلْزَمُهَا إنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنْهُ بِأَرْبَعَةِ أَيْمَانٍ وَالْتِعَانِهَا وَسَنَّ بَيْنَهُمَا الفُرْقَةَ وَدَرَأَ اللَّهُ عَنْهُمَا الحَدَّ بِالأَيْمَانِ وَالْتِعَانِهِ وَكَانَتْ أَحْكَامُ الزَّوْجَيْنِ وَإنْ خَالَفَتْ أَحْكَامُ الأَجْنَبِيَّيْنِ فِي شَيْءٍ فَهِيَ مُجَامِعَةٌ لَهَا فِي غَيْرِهِ وَذَلِكَ أَنَّ اليَمِينَ فِيْهِ جَمَعَتْ دَرْءَ الحَدِّ عَنِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ وَفُرْقَةً وَنَفْيَ وَلَد فَكَانَ هَذَا الحَدُّ وَالفِرَاقُ وَالنَّفْي مَعاً دَاخِلَةً فِيهَا وَلاَ يَحِقُّ الحَدُّ عَلَى المَرْأَةِ حِينَ يَقْذِفُهَا الزَّوْجُ إلاَّ بِيَمِينِهِ وَتَنْكُلُ عَنِ اليَمِينِ أَلاَ تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ لَوْ لَمْ يَلْتَعِنْ حُدَّ بِالقَذْفِ وَلِتَرْكِ الخُرُوجِ مِنْهُ بِاليَمِينِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَى المَرْأَةِ حَدٌّ وَلاَ لِعَانٌ أَوَ لاَ تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلأَنْصَارِيِّين «تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» فَلَمَّا لَمْ يَحْلِفُوا رَدَّ الأَيْمَانَ عَلَى يَهُودَ لِيَبرَؤُوا بِهَا فَلَمَّا لَمْ يَقْبَلْهَا الأَنْصَارِيُّونَ تَرَكُوا حَقَّهُمْ أَوَ لاَ تَرَى عُمَرَ جَعَلَ الأَيْمَانَ عَلَى المُدَّعى عَلَيْهِمْ فَلَمَّا لَمْ يَحْلِفُوا رَدَّهَا عَلَى المُدَّعِينَ وَكُلُّ هَذَا تَحْوِيلُ يَمِينٍ مِنْ مَوْضِعٍ قَدْ نُدِبَتْ فِيْهِ إلَى المَوْضِعِ الَّذِي يُخَالِفُهُ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «وَعَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ اليَمِينُ» وَلاَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ عَلَى مُدَّعَى عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ إلاَّ بِخَبَرٍ لاَزِمٍ وَهُمَا لَفْظَانِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» مَخْرَجُهُمَا وَاحِدٌ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إنْ جَاءَ المُدَّعِي بِالبَيِّنَةِ أَخَذَ وَإنْ لَمْ يَأْتِ بِهَا حَدَثَ لَهُ حُكْمٌ غَيْرُهَا وَهُوَ اسْتِحْلاَفُ مَنِ ادَّعَى عَلَيْهِ وَإنْ جَاءَ المُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينَ بَرِىءَ وَإنْ لَمْ يَأْتِ بِهَا لَزِمَهُ مَا نَكَلَ عَنْهُ وَلَمْ يَحْدُثْ لَهُ حُكْمٌ غَيْرُهَا وَيَجُوزُ رَدُّ اليَمِينُ كَمَا حَدَثَ لِلْمُدَّعِي إنْ لَمْ يَأْتِ بِهَا حُكْمُ غَيْرِهِ وَهُوَ اليَمِينُ وَإذْ حَوَّلَ النَّبِيُّ ﷺ اليَمِينَ حَيْثُ وَضَعَهَا فَكَيْفَ لَمْ تُحَوَّلْ كَمَا حَوَّلَهَا».

قال الماوردي: وهو كما قال.

إذا نكل المنكر عن اليمين، لم يحكم عليه بالنكول، حتى يحلف المدعي، فيستحق الدعوى بيمينه لا بنكول خصمه.

قال الشافعي: «ليس النكول إقراراً منه بالحق، ولا بينة للمدعي، فلا أقضي عليه به».

وهذا صحيح، لأن الحقوق تثبت بالإقرار أو البينة، وليس النكول واحداً منها، وهو قول الأكثرين من الفقهاء والحكام.

وسواء كانت الدعوى فيما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والطلاق والخلع والرجعة، والقصاص والعتق، أو كانت فيما تثبت بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كالأموال أو ما يكون مقصوده المال.

وقال مالك: لا أحكم عليه بالنكول، لكن إن كانت الدعوى في مال يثبت بالشاهد والمرأتين رددتُ اليمين على المدعي، وإن كانت فيما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والطلاق والعتق والقتل حبستهُ حتى يحلف أو يقر.

وقال أبو حنيفة: أحكم عليه بالنكول في الأموال، بعد أن أقول له ثلاثاً: إن حلفتَ، وإلا قضيت عليك، ولا أحكم عليه بالقتل في النكول.

وخالفه أبو يوسف، فحكم عليه في القتل بالدية دون القود، وحكم عليه فيما دون النفس بالقود.

وإن كانت الدعوى في نكاح أو طلاق أو عتق أو نسب لم أوجب على المنكر اليمين، ولم أحكم عليه بالنكول.

ولوجوب الأيمان في جميع الدعاوى موضع يأتي، وهذا الموضع مختص بالنكول عن اليمين إذا وجبت على المنكر، هل يقضى عليه بنكوله عنها؟

واستدل من قضى عليه بالنكول، ببنائه على مذهبه أن اليمين تختص بالمدعى عليه، ولا يجوز أن تنقل إلى المدعي، ولذلك لم يقض بالشاهد واليمين، فكانت الدلائل مشتركة في الموضعين استدلالاً بِقَول النَّبِي ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ حِينَ أَنْكَرَهُ الكِنْدِيُّ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ قَالَ: لاَ. قَالَ: لَكَ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلاَّ ذَاكَ»، فبين له أن حقه في أحد أمرين بينته أو يمين خصمه، فدل على أن لا حق له في يمين نفسه قالوا: ولأن البينة حجة للمدعي، واليمين حجة للمدعى عليه، فلما لم يجز أن تنقل حجة المدعي، وهي البينة إلى المدعي لم يجز أن تنقل حق المدعى عليه وهو اليمين إلى المدعي

قالوا: ولأن البينة موضوعة للإثبات، واليمين موضوعة للنفي، فلما لم يجز أن يعدل بالبينة إلى النفي، لم يجز أن يعدل باليمين إلى الإثبات.

قالوا: ولأنها قول المدعي، فوجب أن لا يلزم به حكم كالدعوى.

قالوا: ولأنه رجح دعواه بقوله، فلم يقض فيه، كتكرير الدعوى.

فصل: ودليلنا من الكتاب قوله تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [المائدة: ١٠٨] أي بعد الامتناع من الأيمان الواجبة، فدل على نقل الأيمان من جهة إلى جهة.

ويدل عليه من السنة ما رواه زيد بن ثابت عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ طَلَبَ طَلَبَةً بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، فَالمَطْلُوبُ أَوْلَى بِالْيَمِينِ[1] مِنَ الْطَالِبِ».

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «الْمَطْلُوبُ أَوْلَى بِالْيَمِينِ مِنَ الطَّالِبِ».

فوجه الدليل من هذين الخبرين [أن «أولى»] يستعمل حقيقة في الاشتراك فيما يترجح أحدهما على الآخر، كقولك: زيد أفقه من عمرو، إذا اشتركا في الفقه، وزاد أحدهما على صاحبه.

ولا يقال: زيد أفقه فيمن ليس بفقيه، إلا على وجه المجاز.

فلو لم يكن للطالب حق في اليمين لما جعل المطلوب أولى منه، فيكون أولى في الابتداء، وينقل عند امتناعه في الانتهاء.

ويدل عليه ما روى الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب حق، وهذا نص ذكره أبو الوليد في المخرج، والدارقطني في اليمين مع الشاهد، ولأن النبي ﷺ قال للأنصار في دعوى القتل على يهود خيبر: «تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟ قَالُوا: لاَ، قَالَ: فَيُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِيناً».

فدل هذا على نقل اليمين من جهة إلى جهة، وأبو حنيفة لا يراه، ويدل عليه إجماع الصحابة. وروى الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رجلاً من بني سعد بن ثابت أجرى فرساً، فوطىء على أصبع رجل من جهينة، فتألم منها دهراً، ثم مات، فتنازعوا إلى عمر رضي الله عنه، فقال للمدعَى عليهم: تحلفون خمسين يميناً أنه ما مات منها، فأبوا، فقال للمدعين: احلفوا أنتم، فأبوا».

وهذه قضية مشهورة في رد اليمين لم يظهر فيها مخالف.

---

(١) في د فاليمين أولى بالمطلوب.

وقد ردت اليمين على عمر، فحلف، واستحق، وردت على زيد بن ثابت، فحلف. وروي أن المقداد اقترض من عثمان بن عفان مالاً، قال عثمان: هي سبعة آلاف، فاعترف المقداد بأربعة آلاف، وتنازعا إلى عمر، فقال المقداد لعثمان: احلف إنها سبعة آلاف! فقال له عمر: لقد أنصفك، فلم يحلف عثمان، فلما ولى المقداد قال عثمان: والله لقد أقرضته سبعة آلاف، فقال له عمر: لِمَ لَمْ تحلف قبل أولى؟ فقال: وما علي أن أحلف، والله إن هذه لأرضٌ والله إن هذه لسماء، فقال عثمان: خشيت أن يوافق قدر بلاء، فيقال: بيمينه».

وهذا مستفيض في الصحابة لم يظهر فيهم مخالف، فثبت أنه إجماع.

فإن قيل: قد خالفهم علي بن أبي طالب عليه السلام فيما روي أن رجلاً ابتاع من رجل عبداً، فأصاب به عيباً، فترافعا إلى شريح، فقال للبائع: احلف، فقال: أرد اليمين، فقال شريح: لا، فقال علي: قالون، وهي كلمة رومية قيل: إن معناها جيد، فصوب بها امتناع شريح من رد اليمين، فصار قائلاً به، ومنع هذا من انعقاد الإجماع.

قيل: هذه كلمة لا تعرف العرب معناها، لأنها ليست من لغتهم، ولو أراد ما ذكر من معناها: لأفصح به، ولعبر عنه بما يفهم منه، على أن قوله: قالون بمعنى جيد، يحتمل أن يريد به أن ما قاله شريح جيد، ويحتمل أن يريد به أن ما قاله البائع جيد، فلم يكن فيه مع هذا الاحتمال، ما يمنع من انعقاد إجماع قد انتفى عنه الاحتمال.

فصل: ويدل عليه الاعتبار بالمعاني المعقولة من وجهين:

أحدهما: امتناع الحكم بالنكول.

والثاني: جواز رد اليمين.

فأما امتناع الحكم بالنكول فدليله من وجوه منها: أن إثبات الحق لا يكون بنفيه، لأنه ضد موجبه، ومن الممتنع أن وجود الضد نافي لحكمه، ومثبت لحكم ضده، كالإقرار لا يوجب إنكاراً كذلك الإنكار لا يوجب إقراراً، ويجري هذا الاستدلال قياساً، وإن كان الاستدلال أصح أنه إنكار، فلم يثبت به حكم الإقرار، كالتكذيب لا يثبت به حق التصديق.

ومنها أنه نكول عن يمين، فلم يجب بها قبول الحق كالحد والقصاص.

فإن قيل: النكول حجة ضعيفة، فجاز أن يثبت بها أخف الحقوق دون أغلظها كالشاهد والمرأتين يثبت بها الأموال، ولا يثبت بها الحدود والقصاص.

قيل: إنما ضعف الشاهد والمرأتان لنقص النساء عن كمال الرجال، والناكل عن

اليمين كامل، وجب أن يجري على نكوله حكم الكمال، ولم يقع به الفرق بين نكول الرجال، والنساء، فبطل به هذا التعليل.

فإن قيل: النكول عن اليمين يجري مجرى ترك الحق، وبذل الأموال يصح، فيثبت بالنكول، وبذل الحدود والنفوس لا يصح، فلم يثبت بالنكول.

قيل: النكول ترك للحجة، وليس ببذل للحق، ولو كان بذلاً لثبت حكمه بالنكول الأول كسائر البذول، وهم لا يثبتونه إلا بعد نكوله ثلاثاً، فخرج عن صفة البذل، فزال عنه حكم البذل، ويتحرر من هذا المعنى قياسان:

أحدهما: أنه نكول لا يقضى به في القصاص، فلم يقض به في الأموال كالنكول الأول.

والقياس الثاني: أنه حق لا يثبت بالنكول الأول، فلم يثبت بالنكول الثالث كالقصاص.

ومنها: أن المدعى عليه لو سكت عن جواب الدعوى، فلم يقر، ولم ينكر لم يقض عليه بالنكول عند أبي حنيفة، فكان إذا أنكر ونكل أولى أن يقضي عليه بالنكول لأمرين:

أحدهما: أن السكوت يحتمل الإقرار والإنكار لا يحتمل الإقرار.

والثاني: أن في سكوته امتناعاً من أمرين: الجواب واليمين وفي نكوله امتناع من اليمين دون الجواب، فكان امتناعه من أحدهما أخف حكماً من امتناعه منهما ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه امتناع من لفظ وجب بالدعوى، فلم يوجب الحكم بالدعوى كالثالث.

والثاني: أنه أحد لفظي ما وجب بالدعوى، فلم يكن السكوت عنه موجباً للحكم بالدعوى كالجواب.

ومنها: أن يمين المنكر يقطع الخصومة، ولا يسقط الحق، لأن البينة لو قامت به بعد اليمين وجب، فاقتضى ذلك أن يثبت بالنكول عنها ما كان منقطعاً، وهو بقاء الخصومة لا ثبوت الحق كما أن البينة لما كانت موجبة لثبوت الحق كان العدول عنها مانعاً من سقوطه بها.

وتحريره قياساً هو أن ما يثبت بحجة وقف بعدمها كالبينة.

فصل: والوجه الثاني في جواز رد اليمين فالدليل على جوازه من طريق المعنى هو أن يمين المدعى عليه حجة له في النفي، كما أن بينة المدعي حجة له في الإثبات، فلما كان ترك المدعي لحجته موجباً للعدول إلى يمين المدعى عليه وجب أن يكون ترك المدعى عليه لحجته موجباً للعدول إلى يمين المدعي.

وتحريره قياساً أنها حجة أحد المتداعيين ابتداء، فوجب أن يكون تركها موجباً للعدول إلى يمين صاحبه، كترك البينة.

فإن قيل: هذا باطل ترد اليمين على المدعي إذا امتنع منها لم يوجب ردها على المدعى عليه، قلنا: التعليل إنما كان للحجة المبتدأة، وبذلك قلنا: إنها حجة أحد المتداعيين ابتداءً، وليست يمين الرد من الحجج المبتدأة، فلم يقدح في التعليل.

فإن قالوا: نقلبها، فنقول؛ لأنها حجة أحد المتداعيين، فإذا امتنع منها لم تنقل إلى جنبة صاحبه، كالبينة.

قلنا: نقول بهذا القلب، لأن يمين المدعى عليه للنفي، وهي لا تنقل إلى المدعى، وإنما تنقل إليه يمين الإثبات، وبينة المدعي للإثبات، ونقلها إلى المدعى عليه للنفي، والبينة مستعملة في الإثبات دون النفي، واليمين مستعملة في الإثبات والنفي، فصح قلبنا، وفسد قلبهم.

ولأن أصول الشرع موضوعة على إثبات اليمين في جنبة أقوى الخصمين، وأقواهما في الابتداء المدعى عليه، . لأن الأصل براءة ذمته، مما ادعى عليه وثبوت ملكه على ما في يده، فجعلت اليمين في جنبته، فلما نكل فيها، صار المدعي أقوى منه؛ لأن توقفه عن اليمين شبهة في صحة الدعوى، فصار المدعي بها أقوى منه، فاستحقت اليمين في جنبته، لقوته. [كما ثبتت في جنبة المدعى عليه حال ثبوت قوته](1)،

وتحريره قياساً: أنها جنبة قويت على صاحبتها، فاقتضى أن تكون اليمين من جهتها كالمدعي عليه قبل النكول، وهي حال قوتها.

فصل: فأما الجواب عن بنائهم على رد اليمين مع الشاهد، فهو ما قدمناه من إثبات اليمين مع الشاهد.

---

(١) سقط في ا.

وأما الجواب عن استدلالهم بقول الرسول ﷺ للحضرمي: «لَكَ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إلاَّ ذَاكَ». فهو أن خصمه كان باذلاً لليمين، وليس للطالب مع بذل اليمين إلا اليمين.

وأما الجواب عن استدلالهم بالبينة، فهو أن البينة مستعملة في الإثبات دون النفي، فلم تنقل إلى جنبة المدعى عليه، لأنه ينفي بها، ولا يثبت، واليمين مستعملة في النفي والإثبات جميعاً، فجاز نقلها عن المدعى عليه إذا لم ينف بها إلى المدعي ليثبت بها.

وأما الجواب عن قوله: إن يمين المدعي من قوله كالدعوى، فهو أن اليمين حجة تخالف القول، كما أن يمين المدعى عليه. تخالف الإنكار، وإن لم يكن الإنكار حجة، فصارت يمين المدعي حجة، وإن لم تكن دعواه حجة.

وأما الجواب عن قياسهم على تكرار الدعوى مراراً، فهو أن تكرار الإنكار لما لم يكن حجة للمدعى عليه، لم يكن تكرار الدعوى حجة للمدعي، ولما كانت اليمين حجة للمدعى عليه جاز أن تكون حجة للمدعي. والله أعلم.

فصل: وإذا تقرر أن النكول عن اليمين لا يوجب ثبوت الحق، فهو معتبر فيما أمكن من رد اليمين على المدعِي.

فأما ما تعذر فيه رد اليمين على المدعي، فقد ذكر أبو سعيد الإصطخري مسألتين، ولهما نظائر، خرج الحكم فيها بالنكول على وجهين:

إحدى المسألتين فيمن مات، ولا وارث له، إلا كافة المسلمين، فظهر في حسابه الموثوق به دين على رجل أنكره، ونكل عن اليمين، أو شهد به شاهد واحد لم تكمل به البينة إلا مع يمين، فاليمين هاهنا في الرد ومع الشاهد متعذرة، لأن المستحق له كافة المسلمين، وإحلافهم جميعهم غير ممكن، وإحلاف بعضهم غير متعين، والإمام وإن تعين في المطالبة، فهو نائب، والنيابة في الأيمان لا تصح.

وإذا امتنع الرد في الأيمان بما ذكرنا، ففي الحكم بالنكول وجهان حكاهما أبو سعيد الإصطخري:

أحدهما: يحكم بالنكول، لأنه موضع ضرورة خرج عن حكم الإمكان.

والوجه الثاني: لا يحكم عليه بالنكول اعتباراً بموجب الأصل، الذي تقدم تقريره ولكن يحبس حتى يحلف أو يعترف بالحق، فهذه إحدى المسألتين.

والمسألة الثانية: في رجل ادعى على ورثة أن ميتهم وصى إليه بإخراج ثلثه من

ماله وتفرقته في الفقراء والمساكين، فأنكروه، ونكلوا عن اليمين، لم يجز أن ترد اليمين على الوصي، لأنه نائب[1]، ولا على الفقراء، لأنهم لا ينحصرون.

وفي الحكم عليه بالنكول وجهان حكاهما أبو سعيد الإصطخري أيضاً تعليلاً بما ذكرنا.

فأما إذا ادعى الوصي حقاً لطفل، فأنكر المدعى عليه ذلك، ونكل عن اليمين، لم يحلف الوصي ولم يحكم بالنكول وجهاً واحداً، وكان رد اليمين موقوفاً على بلوغ الطفل، لأن لرد اليمين وقتاً منتظراً.

فأما ما أوجبناه في الزكاة بنكول رب المال، فيما يدعيه من سقوطها عنه بعد ظهور وجوبها عليه، فقد ذكرنا في مواضعه أنه حكم بالظاهر المتقدم دون النكول الطارىء والله أعلم.

فصل: كل حق سمعت الدعوى فيه، وجازت المطالبة به وجبت اليمين على منكره، وردت اليمين بالنكول عنه على مدعيه سواء كان الحق مالاً كالعين والدين أو غير مال من قصاص أو نكاح أو طلاق أو عتق أو نسب. [هذا مذهب الشافعي].

وقال أبو حنيفة: رحمه الله كل ما لم يكن مالاً، ولا المقصود منه المال.

وذلك ثمانية أشياء: النكاح، والطلاق، والرجعة، والفيئة في الإيلاء، ودعوى الرق، والاستيلاد، والنسب، والولاء، والقذف.

ولا تجب اليمين فيه على المنكر، ولا ترد فيه أيضاً على المدعي، فلو ادعى رجل على امرأة نكاحاً، فأنكرته، فالقول قولها، ولا يمين عليها.

ولو ادعت على زوجها طلاقاً، فأنكره، فالقول قوله، ولا يمين عليه، بناء على أصله. وأن وجوب اليمين ليحكم عليه بالنكول، ولا يحكم بالنكول فيما لا تصح إباحته، فسقطت فيه اليمين، واستدلالاً بأن البذل لا يصح فيها، والنكول بذل، فلم يحكم فيها بالنكول، ولم يستحق فيها اليمين قياساً على حدود الله المحضة.

ودليلنا: رواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»، فكان على عمومه، ولأن النبي ﷺ أحلف ركانة بن عبد يزيد حين طلق امرأته سهيمة البتة، وأنه أراد بالبتة واحدة، ولأن كل دعوى لزمت الإجابة عنها وجبت اليمين فيها كالقصاص، ولأن حقوق الآدميين لا يمتنع فيها استحقاق اليمين اعتباراً بسائر حقوقهم.

---

(١) في د زيادة في الولاية عن الفقراء والمساكين؛ لأنهم يتعينون.

فأما حقوق الله تعالى فضربان:

أحدهما: ما لا يتعلق به حق لآدمي البتة كحد الزنا وَحَدِّ شرب الخمر، فلا تصح الدعوى فيه، ولا يلزم الجواب عنه لورود الشرع بستره في قول النبي ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئاً، فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ». ولقوله ﷺ: «هَلاَّ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يَا هَزَّالُ»، ولأنه لو أقر بالزنا، ثم رجع لم يُحَدَّ، ولأن الدعوى لا تصح إلا من خصم في حقه أو حق غيره، وهو غير موجود في هذه الدعوى.

فإن تعلق بالزنا حق لآدمي كالقاذف بالزنا إذا طولب بالحدّ، فقال: أنا صادق في قذفه بالزنا، وادعاه على المقذوف سُمعت حينئذ هذه الدعوى، ليكون الإقرار به مسقطاً لحد القذف، فإن أنكر المقذوف أحلف، فإن نكل عن اليمين ردت على القاذف، فإن حلف سقط عنه حد القذف، ولم يجب بيمينه حد الزنا على المقذوف.

والضرب الثاني: من حقوق الله: ما تعلق به حق لآدمي، لسرقة توجب الغرم، وهو حق لآدمي، والقطع، وهو حق لله تعالى، فإن سقط الغرم بتحليل أو إبراء، لم تصح الدعوى فيه حينئذ وسقط وجوب اليمين فيها، وإن كان الغرم باقياً صحت فيه الدعوى، ووجبت فيه اليمين فإن نكل السارق عن اليمين ردت على المدعي، فإذا حلف استحق الغرم، ولم يجب القطع، لأن الغرم من حقوق الآدميين، والقطع من حقوق الله تعالى فأجرى على كل واحد منهما حكم انفراده، ولم يتغير بالاجتماع والله أعلم.

مُخْتَصَرٌ مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَمَا دَخَلَهُ مِنَ الرِّسَالَةِ

بَابُ مَنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تَجُوزُ وَمَنْ يَشْهَدُ بَعْدَ رَدِّ شَهَادَته مِنَ الجَامِعِ وَمِنِ اخْتِلَافِ الحُكَّامِ وَأَدَبِ القَاضِي وَغَيْرِ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لَيْسَ مِنَ النَّاس أَحَدٌ نَعْلَمُهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ قَلِيلاً يَمَحَّضُ الطَّاعَةَ وَالمُرُوءَةَ حَتَّى لاَ يَخْلِطَهُمَا بِمَعْصِيَةٍ وَلاَ يُمَحِّضُ المَعْصِيَةَ وَتَرْكَ المُرُوءَةِ حَتَّى لاَ يَخْلِطُهُمَا شَيْئاً مِنَ الطَّاعَةِ وَالمُرُوءَةِ فَإِذَا كَانَ الأَغْلَبُ عَلَى الرَّجُلِ الأَظْهَرُ مِنْ أَمْرِهِ الطَّاعَةَ وَالمُرُوءَةِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِذَا كَانَ الأَغْلَبُ الأَظْهَرُ مِنْ أَمْرِهِ المَعْصِيَةَ وَخِلاَفُ المُرُوءَةِ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ».

قال الماوردي: وإنما فصل المزني الشهادات كتابين، أولاً وثانياً، لأن الأول متصل بالحكم فأضافه إلى أدب القاضي.

والثاني: في صفة الشاهد في القبول والرد أفرده عن الأول.

والمقبول الشهادة، هو العدل، والمردود الشهادة هو الفاسق فأما قبول شهادة من العدل، فلقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. ولقوله: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والرضا متوجه إلى العدل منتف عن الفاسق.

وأما التوقف عن شهادة الفاسق فلقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦]. والنبأ الخبر. وكل شهادة خبر وإن لم يكن كل خبر شهادة.

ولقوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لاَ يَسْتَوُونَ﴾ [السجدة: ١٨] فالمنع من المساواة إذا أوجب قبول العدل أوجب رد الفاسق وقيل إن هاتين الآيتين في الفاسق نزلتا في الوليد بن عقبة بن أبي معيط.

وسبب نزول الآية الأولى فيه، أن النبي ﷺ أنفذه إلى قبيلة مصدقا فأخذ من صدقتها، وكان بينه وبين القوم إحن، فتوجه إليهم، وعاد فأخبر رسول الله ﷺ أنهم منعوه الصدقة ولم يمنعوه، فهم بغزوهم حتى أنزل الله تعالى فيه إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فكفى عنهم وعلم بحالهم.

وأما الآية الثانية فسبب نزولها: أنه استطال على عليّ بن أبي طالب عليه السلام

ذات يوم وقال: أنا أثبت منك جناناً، وأفصح منك لساناً، وأهد منك سناناً فنزل فيه ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون﴾ يعني بالمؤمن عليّ بن أبي طالب وبالفاسق الوليد بن عقبة. ﴿لا يستوون﴾ يعني في أحكام الدنيا ومنازل الآخرة.

وأما اسم العدل فهو العديل، لأنه معادل لما جازاه والمعادلة المساواة. وهو في الشرع حقيقة فيمن كان مرضي الدين والمروءة لاعتداله.

وأما اسم الفاسق فهو في اللغة: مأخوذ من الخروج عن الشيء يقال: فسقت الرطبة إذا خرجت من قشرها. فسمي الغراب فاسقاً لخروجه من مألفه وسميت الفأرة فويسقه لخروجها من جحرها.

وهو في الشرع حقيقة فيمن كان مسخوط الدين والطريقة لخروجه عن الاعتدال.

[صفة العدل والفاسق]

فصل: فإذا تقرر فرق ما بين العدل والفاسق، وجب العدول إلى صفة العدل وإلى صفة الفاسق، ليكون من وجدت فيه العدالة مقبولاً، ومن وجد فيه الفسق مردوداً.

فالعدل في الشهادة من تكاملت فيه ثلاثة خصال:

إحداهن: أن يكون من أهلها، وذلك بثلاثة أمور: أن يكون مكلفاً، حراً، مسلماً.

وليس عدم التكليف والحرية موجباً لفسقه وإن كان وجودهما شرطاً في عدالته.

والخصلة الثانية: كمال دينه، وذلك بثلاثة أمور:

أن يكون محافظاً على طاعة الله تعالى في أوامره مجانباً لكبائر المعاصي غير مصر على صغائرها.

والكبائر: ما وجبت فيها الحدود وتوجه إليها الوعيد.

والصغائر: ما قل فيها الإثم.

قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٣١].

وقال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ﴾ [النجم: ٣٢]

وفي هذه الكبائر لأهل التأويل أربعة أقاويل:

أحدها: ما زجر عنه بالحد.

والثاني: ما لا يكفر إلا بالتوبة.

والثالث: ما رواه شرحبيل عن ابن مسعود قال: سئل رسول الله ﷺ عن الكبائر. فقال: «أَنْ تَدْعُوَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ وَأَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ مَخَافَةَ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ، وَأَنْ تُزَانِيَ بِحَلِيلَةِ جَارِكَ».

والرابع: ما روى سعيد بن جبير أن رجلاً سأل ابن عباس: كم الكبائر؟ أسبع هي؟ قال: هي إلى سبعمائة أقرب منها إلى سبع. لا كبيرة مع استغفار ولا صغيرة مع إصرار. فكان يرى كبائر الإثم ما لم يستغفر الله عنه إلا بالتوبة.

وأما الفواحش ففيها قولان:

أحدهما: أنها الزنا.

والثاني: أنها جميع المعاصي.

وأما اللمم ففيه أربعة أقاويل: ـ

أحدها: أن يعزم على المعصية ثم يرجع عنها قد روى عمرو بن دينار عن عطاء عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إِنْ تَغْفِرَ اللَّهُمَّ تَغْفِرْ جَمًّا وَأَيّ عَبْدٍ لَكَ لَا أَلَمَّا»[١].

والثاني: أن يلم بالمعصية يفعلها ثم يتوب عنها، قاله الحسن ومجاهد.

والثالث: أن اللمم ما لم يجب عليه حد في الدنيا، ولم يستحق عليه في الآخرة عقاب. قاله مجاهد.

والرابع: أن اللمم ما دون الوطء من القبلة والغمزة، والنظرة، والمضاجعة. قاله ابن مسعود.

وروى طاوس عن ابن عباس قال: ما رأيت أشبه باللمم من قول أبي هريرة رضي الله عنه: عن النبي ﷺ: «كَتَبَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ نَفْس حَظَّها مِنَ الزِّنَا أَدْرَكَ ذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، فَزِنَا العَيْنَيْنِ النَّظر، وَاللِّسَانِ النُّطق، هِيَ النَّفْسُ تَمَنَّى وَتَشْتَهِي وَالفَرْجُ يُصَدِّقُ ذَلِكَ أَوْ يُكَذِّبَهُ»[٢].

فصل: والخصلة الثالثة: ظهور المروءة. وهي على ثلاثة أضرب:

ضرب يكون شرطاً في العدالة. وضرب لا يكون شرطاً فيها. وضرب مختلف فيه.

---

(١) اخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٦٩ و الطبري في التفسير ٢٧/ ٣٩ والبغوي في التفسير ٦/ ٨١ والسيوطي في الدر المنثور ٦/ ١٢٧ وانظر الكنز (٣٦٩٦).

(٢) أخرجه أحمد ٢/ ٤٣١ وابن ابن عاصم ١/ ٨٥.

وأما ما يكون شرطاً فيها فهو: مجانبة ماسخف من الكلام المؤذي أو المضحك وترك ما قبح من الضحك الذي يلهو به. أو يستقبح لمعرفته أو أدائه. فمجانبة ذلك من المروءة التي هي شرط في العدالة، وارتكابها مُفْضٍ إلى الفسق.

ولذلك نتف اللحية من السفه الذي ترد به الشهادة، وكذلك خضاب اللحية من السفه التي ترد به الشهادة، لما فيها من تغيير خلق الله تعالى.

فأما ما لا يكون شرطاً فيها فهو الإفضال بالمال والطعام والمساعدة بالنفس والجاه، فهذا من المروءة وليس بشرط في العدالة.

فأما المختلف فيه فضربان: عادات، وصنائع.

فأما العادات فهو أن يقتدي فيها بأهل الصيانة دون أهل البذلة، في ملبسه ومأكله وتصرفه.

فلا يتعرى عن ثيابه في بلد يلبس فيه أهل الصيانة ثيابهم. ولا ينزع سراويله في بلد يلبس فيه أهل الصيانة سراويلهم، ولا يكشف رأسه في بلد يغطي فيه أهل الصيانة فيه رؤوسهم.

وإن كان في بلد لا يجافي أهل الصيانة ذلك فيه، كان عفواً، كالحجاز والبحر الذي يقتصر أهله فيه على لبس المئزر.

وأما المأكل فلا يأكل على قوارع الطرق ولا في مشيه، ولا يخرج عن العرف في مضغه، ولا يعاني بكثرة أكله.

وأما التصرف فلا يباشر ابتياع مأكوله ومشروبه وحمله بنفسه في بلد يتجافاه أهل الصيانة. إلى نظائر هذا مما فيه بذلة وترك تصون.

وفي اعتبار هذا الضرب من المروءة في شروط العدالة أربعة أوجه:

أحدها: أنه غير معتبر فيها لإباحته.

قد باع رسول الله ﷺ واشترى فيمن يزيد، واشترى سراويل بأربعة دراهم. وقال: «يَا وَزَّان زِنْ وَأَرْجِحْ». وقال الراوي: فأخذته لأحمله. فقال: «دَعْهُ فَصَاحِبُ المتاع أحقُّ بِحَمْلِهِ».

وقيل لعائشة: ما كان يصنع رسول الله ﷺ في منزله إذا خلا؟ قالت: كان يخصف النعل ويرقع الدلو[1]. وكان أبو بكر رضي الله عنه يسلك الطريق في خلافته وهو متخلل بعباءة قد ربطها بشوكة.

---

(١) أخرجه أحمد ٦/١٦٧ وعبد الرزاق (٢٠٤٠٢) والبيهقي في الدلائل ١/٣٢٨ وابن كثير في البداية ٦/٥١.

وكان عمر رضي الله عنه يلبس المرقعة. ويهنأ بعيره بيده ويقوده.

وقد اشترى علي رضي الله عنه قميصاً وأتى تَجّاراً فوضع كمه وقال: اقطع ما فضل عن الأصابع، فقطعه بفأس فقيل له: لو كففته؟ فقال دعه يتسلل مع الزمان.

وعمل بالأجر في حائط وأجر نفسه من يهودية ليسقي كل دلو بتمرة.

وما فعله الرسول ﷺ وأصحابه وجاز، لا يجوز أن يكون قادحاً في العدالة، لأن المروءة مشتقة من المرء، وهو الإنسان فصارت الإشارة بها إلى الإنسانية، فانتفت العدالة عن من لا إنسانية فيه، ولأن المروءة من دواعي الحياة.

والوجه الثاني: أن هذا الضرب من المروءة شرط معتبر في العدالة، ولأن المروءة مشتقة من المرء وهو الإنسان، فصارت الإشارة بها للإنسانية، فانتفت العدالة عن من لا إنسانية فيه، ولأن حفظ المروءة من دواعي الحياء. وإن كان لا يفسق به، لأن العدالة في الشهادة للفضيلة المختصة بها، وهي تالية لفضيلة النبوة.

قال الله تعالى: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَٰؤُلَاءِ شَهِيداً﴾ [النساء: ٤١].

وقال الله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُواْ شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾ [البقرة: ١٤٣].

وقال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُم بِشَهَادَاتِهِمْ قَائِمُونَ أُوْلَٰئِكَ فِي جَنَّاتٍ مُّكْرَمُونَ﴾ [المعارج: ٣٣، ٣٥].

وما كان بهذه المنزلة من الفضيلة امتنع أن يكون مسترسلاً في البذلة. وليس ما فعله الصدر الأول بذلة، لأنه لم يخرج عن عرف أهله في الزهادة والانحراف عن الدنيا إلى الآخرة.

وقد روى أبو مسعود البدري عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ مِمَّا أَدْرَكَ النَّاسُ مِنْ كَلَامِ النُّبُوَّةِ إِذَا لَمْ تَسْتَحِ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ»[١].

ولأن إقدامه على البذلة والعدول عن الصيانة دليل على اطراح الصيانة والتحفظ في حق نفسه فكان أولى أن يقل تحفظه في حق غيره.

والوجه الثالث: أنه إن كان قد نشأ عليها من صغره لم تقدح في عدالته وإن

---

(١) أخرجه البخاري (٣٤٨٣، ٣٤٨٤)ومالك في الموطأ (١٥٨) والطبراني في الكبير ١٧/ ٢٣٧ والرازي في العلل (٢٥٣٨) وانظر التلخيص ٤/ ٢٠٠ والبيهقي ١٠/ ١٩٢ وأبو نعيم في الحلية ٤/ ٣٧٠، ٨/ ١٢٤ والخطيب في التاريخ ٦/ ١١٥، والطحاوي في المشكل ١/ ٤٧٩.

استحدثها في كبيره قدحت في عدالته، لأنه يصير بالمنشأ مطبوعاً بها وبالاستحداث مختاراً لها.

والوجه الرابع: إن اختصت بالدين قدحت في عدالته كالبول قائماً وفي الماء الراكد، وكشف العورة إذا خلا، وإن يتحدث بمساوىء الناس، وإن اختصت بالدنيا لم تقدح في عدالته. كالأكل في الطريق وكشف الرأس «بين الناس» والمشي حافياً، لأن مروءة الدين مشروعة ومروءة الدنيا مستحسنة.

فصل: وأما الصنائع فضربان: مسترذل وغير مسترذل.

فأما غير المسترذل كالزراعة والصناعة، فغير قادح في العدالة، لأنه (مما) لا يستغني الناس عن الاكتساب بصنائعهم ومتاجرهم وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ مِنَ الذُّنُوبِ مَالاَ يُكَفِّرُهُ صَوْمٌ وَلاَ صَلاَةٌ وَيُكَفِّرُهُ عَرَقُ الجبين فِي طَلَبِ الحِرْفَةِ»[1].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «الكَادُّ عَلَى عِيَالِهِ كَالْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ».

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَكْذَبُ النَّاسِ الصَّبَّاغُونَ وَالصَّوَّاغون»[3].

(قيل) هذا موقوف على أبي هريرة وليس بمسند، لأنه سمع قوماً يرجفون بشيء فقال: كذبة قالها الصباغون والصواغون.

وإن ثبت مسنداً فقد اختلف أهل العلم في تأويله.

فقال بعضهم: لأنهم يعدون ويخلفون. وإخلاف الوعد كذب.

وقال آخرون لأن الصباغين يسمون الألوان بما أشبهها فيقولون: هذا لون الشقائق ولون الشفق ولون النارنج.

والصواغون يسمون الأشكال بما يماثلها، فيقولون: هذا زرع وهذا شجر، وتسمية الشيء بغير اسمه كذب.

وقال آخرون: يريدون بالصباغين الذين يصبغون الكلام فيغيرون الصدق

---

(١) موضوع أخرجه الطبراني في الأوسط المجمع ٤/٦٣ والخطيب في التلخيص وابن عساكر في التاريخ وانظر كشف الخفا ١/٢٩٧ والكنز (١٦٦٤٠).

(٢) لم أقف عليه.

(٣) أخرجه ابن ماجه(٢١٥٢) والبيهقي ١٠/٢٤٩ وكشف الخفا ١/١٩١ والطيالسي في المنحة (١٣٦) والخطيب في التاريخ ١٣/٤٣٨.

بالكذب، لأن الصبغ تغيير اللون بغيره. ويريد بالصواغين الذين يصوغون الكلام. ومنهم الشعراء. لأنهم يكذبون في التشبيه والتشبيب.

فإن كانوا على التأويل الأول ردت به شهادتهم، لأن مخالفة الوعد كذب. وإن كانوا على التأويل الثاني، لم ترد به الشهادة، لأن مخالفة الاسم استعارة، وإن كانوا على التأويل الثالث، ردت الشهادة في الصباغين ولم ترد في الصواغين إذا سلموا من الكذب.

وأما المسترذل من الصنائع فضربان:

أحدهما: ما كان مسترذلاً في الدين كالمباشرين للأنجاس من الكناسين والزبالين، والحجامين، أو المشاهدين للعورات كالقيم والمزين.

والضرب الثاني: ما كان مسترذلاً في الدنيا كالنسيج والحياكة، وما يدنس برائحته كالقصاب والسماك. فإن لم يحافظ هؤلاء على إزالة الأنجاس من أيديهم وثيابهم في أوقات صلواتهم وقصروا في حقوق الله تعالى عليهم، كان ذلك جرحاً في عدالتهم وقدحاً في ديانتهم.

وإن حافظوا على إزالة النجاسة، والقيام بحقوق العدالة، ففي قدح ذلك في عدالتهم ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقدح فيها، لأن الرضا بها مع الاسترزال قدح.

والوجه الثاني: أنه لا يقدح في العدالة لأنه لا يجد الناس منها بداً. ولأنها مستباحة شرعاً.

والوجه الثالث: أنه يقدح في العدالة منها ما استرذل في الدين. ولا يقدح فيها ما استرذل في الدنيا، لا سيما الحياكة لكثرة الخير في أهلها.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من شروط العدالة وأنها فعل الطاعات واجتناب المعاصي، ولزوم المروءة، على التفصيل الذي ذكرنا.

فقد قال الشافعي: «ليس أحد من الناس نعلمه إلا أن يكون قليلاً بمحض الطاعة والمروءة. حتى لا يخلطهما بمعصية ولا بمحض المعصية وترك المروءة حتى لا يخلطهما بشيء من الطاعة والمروءة.

وهذا صحيح لأن في غرائز أنفسهم دواعي الطاعات ودواعي المعاصي فلم يتمحض وجود أحدهما مع اجتماع سببهما وقد قال الشاعر:

مَنْ لَكَ بِالمَحْضِ وَلَيْسَ مَحْضُ ... يَحِيقُ بَعْضٌ ويطيبُ بَعْضُ

ولأن أفضل الناس الأنبياء وقد قال الله تعالى: ﴿وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَىٰ﴾ [طه: ١٢١].

وقال تعالى: ﴿وَظَنَّ دَاود أَنَّمَا فَتَنَّهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ﴾ [ص: ٢٤] وقال: ﴿وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَآ أَن رَّأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ﴾ [يوسف: ٢٤] وقال تعالى في يونس: ﴿لَّآ إِلَهَ إِلَّآ أَنتَ سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنتُ مِنَ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنبياء: ٨٧].

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَا مِنَّا مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ إِلَّا مَنْ عَصَى اللَّهَ أَوْ هَمَّ بِمَعْصِيَةٍ إِلَّا أَخِي يَحْيَى بنَ زَكَرِيَّا»(١).

وقيل: إنه اختبر يحيى في كوز ماء رآه مملوءاً وفرغ وهو لا يعلم.

وقيل له: ما في [الكوز] فقال: كان فيه ماء. ولم يقل فيه ماء فيكون كذباً فتحفظ حتى سلم.

ولأن أعصى خلق الله إبليس وقد كانت منه طاعة في قوله تعالى: ﴿فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ [ص: ٨٢، ٨٣]

وإذا لم يسلم أحد من الطاعة والمعصية، لم يجز أن تكون العدالة مقصورة على خلوص الطاعات. ولا الفسق مقصوراً على خلوص المعاصي. لامتناع خلوص كل واحد منهما. ولا اعتبار بالممتنع فوجب أن يعتبر الأغلب من أحوال الإنسان.

فإن كان الأغلب عليه الطاعة والمروءة. حكم بعدالته وقبول شهادته، وإن عصي ببعض الصغائر، وإن كان الأغلب عليه المعصية وترك المروءة، حكم بفسقه ورد شهادته وإن أطاع في بعض أحواله.

قال الله تعالى: ﴿فَمَن ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُوْلَئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنفُسَهُمْ فِي جَهَنَّمَ خَالِدُونَ﴾ [المؤمنون: ١٠٢، ١٠٣]

وقال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

فغلب حكم الأغلب كما غلب في الإباحة والحظر حكم الأغلب وفي استعمال الماء إذا اختلط بمائع.

وفي نكاح النساء إذا اختلطت بأخت إن كانت في عدد محصور، حرمن عليه حتى تتعين له من ليست بأخت فتحل. وإن كانت في جم غفير حللن له حتى تتعين له من هي أخت فتحرم.

---

(١) أخرجه الطبري ٣٨٧/٦ وانظر التلخيص ١٩٩/٤.

فوجب أن يكون حكم الأغلب أصلاً معتبراً في العدالة والفسق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يُقْبَلُ الشَّاهِدُ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَهُ بِخَبَرٍ مِنْهُ أَوْ بَيِّنَةٍ أَنَّهُ حُرٌّ».

قال الماوردي: وقد تقرر بما ذكرنا أن العدالة في الشهادة معتبرة بثلاثة أشياء: بدينه، ومروءته، وأن يكون من أهلها.

فأما اعتبارها بدينه، فيكون بثلاثة أشياء:

أحدها: أن يواظب على فعل الطاعات في العبادات والمعاملات.

والثاني: أن يجتنب كبائر الإثم والمعاصي من الزنا واللواط والقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر.

والثالث: أن لا يصر على صغائر المعاصي، وإصراره عليها الإكثار منها وقلة الانقباض عنها، وهذا معتبر فيه باطناً وظاهراً، وثبوته عند الحاكم قد يكون من وجهين:

أحدهما: أن يعلمه من حاله، فيجوز أن يعمل فيه بعلمه سواء قيل للحاكم أن يحكم بعلمه أم لا. لأنها صفة إخبار تتقدم على الحكم.

والثاني: أن يجهل حاله فتثبت عدالته بالبينة العادلة على ما وصفنا في أدب القاضي. من أهل المعرفة الباطنة به.

ولا يجوز أن يحكم بعدالته بقوله: إنني عدل، ويجوز أن يحكم بفسقه بقوله: إني فاسق. لأنه متهوم في التعديل وغير متهوم في الجرح، لأن العدالة توجب له حقاً والفسق يوجب عليه حقاً.

فصل: وأما المروءة فقد ذكرنا ما يعتبر فيها من المروءة في العدالة وما لا يعتبر. وليس لما لا يعتبر منها تأثير.

وأما المعتبر منها، فهو ظاهر في أفعال العدل. فإن عرفه الحاكم عمل فيها بمعرفته. وإن خفيت عليه سأل عنها. وهل تثبت عنده بخبر أو شهادة؟ على وجهين:

أحدهما: لا تثبت عنده إلا بشهادة، كالعدالة في الدين، ولا تثبت إلا بشاهدي عدل قد جرياه على قديم الوقت وحديثه.

والوجه الثاني: أنها خبر تثبت بقول من يوثق به وإن كان واحداً، لأن العدالة في الدين باعثة عليها. فقوي الخبر بها فأقنع.

وأما كونه من أهل العدالة في الدين فتكون بأربعة أشياء:

ببلوغه، وعقله، وإسلامه، وحريته.

فأما البلوغ، فإن لم يشتبه حاله فيه لكونه رجلاً مشتداً فهو مقطوع به وإن اشتبهت حاله فيه، لكونه رجلاً، أمرد، فحكم بحكم الحاكم ببلوغه يكون من أحد أربعة أوجه:

أحدها: أن يظهر عليه شواهد البلوغ بالإثبات، إذا جعل الإثبات في المسلم بلوغاً.

والثاني: أن يعرف الحاكم سنه فيحكم ببلوغه إذا استكمل سن البلوغ.

والثالث: أن يشهد ببلوغه شاهداً عدل فيحكم ببلوغه إذا استكمل سن البلوغ فتكون شهادة لا خبراً.

والرابع: أن يقول الغلام: قد بلغت فيحكم ببلوغه فتكون شهادة بقوله، لأنه قد يبلغ بالاحتلام الذي لا يعلم إلا من جهته، لأنه قد تتغلظ أحكامه بتوجه التكليف إليه فكان غير متهم فيه.

وأما العقل فيعلم مشاهدة بظهور نتائجه، ولا يحتاج إلى بينة إن خفي لإمكان اختباره مع الاشتباه.

حكى أن امرأة حضرت عند شريح في محاكمة، فقيل له: إنها مجنونة. فقال لها مختبراً: أي رجليك أطول؟

فمدتهما لتقدرهما، فصرفها وحكم بعقلها.

فصل: فأما الإسلام فيعلم بأربعة أوجه:

أحدها: أن يعلم إسلام أحد أبويه أو كليهما قبل بلوغه فيحكم بإسلامه.

والثاني: أن يتلفظ بالشهادتين فيحكم بإسلامه.

والثالث: أن يرى مصلياً في مساجدنا على قديم الوقت وحديثه فيحكم بإسلامه بظاهر الحال لا بالصلاة لأننا لا نحكم بإسلام الكافر إذا صلى.

والرابع: أن يقول إنني مسلم فيحكم بإسلامه. وهل يحتاج إلى اختباره بالشهادتين مع الجهل بحاله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يختبر بهما لأنه أحوط.

والثاني: لا يلزم اختباره بعد إقراره لجريان أحكام الإسلام عليه إن أنكر فإن علم

الحاكم إسلامه من أحد هذه الوجوه حكم به. وإن جهله وقامت البينة بإسلامه حكم به. ولم يسأل الشهود عن سبب إسلامه.

فأما إذا شوهد في دار الإسلام على قديم الوقت وحديثه، حكم بإسلامه في الظاهر. ما لم يعلم كفره، لأن ميتاً لو وجد في دار الإسلام، مجهول الحال، وجب غسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين اعتباراً بظاهر الدار.

وهل يكون الحكم إسلامه في الظاهر موجباً للحكم بإسلامه في الباطن؟ على وجهين:

أحدهما: يحكم بإسلامه في الباطن تبعاً، فيرث ويورث من غير استكشاف عن إسلامه اكتفاء بظاهره.

والوجه الثاني: لا يحكم بإسلامه في الباطن وإن حكم به في الظاهر لأنه لو أقر بالكفر قبل منه وأجري عليه حكمه، ولو حكم بإسلامه في الباطن لم يقبل إقراره بالكفر. وأجري عليه حكم الردة، وهذا أظهر الوجهين.

وإن حكم بإسلامه في الظاهر والباطن لم يسأل عن إسلامه إن شهد وسأل عن عدالته. وإن حكم به في الظاهر دون الباطن سأل عن إسلامه ثم عن عدالته. والله أعلم.

فصل: فأما الحرية وهي مسألة الكتاب. فقد ذكرنا أنها شرط في قبول الشهادة، وليست شرطاً في صحة العدالة، لأن قوله مقبول في الفتيا والأخبار وإن لم يقبل في الشهادة.

وحريته تعلم من وجهين متفق عليهما وثالث مختلف فيه:

أحدهما: أن تلده حرة فيكون حر الأصل.

والثاني: أن يعتقه مالك فيصير حراً بعد الرق.

والثالث: المختلف فيه: أن يقول: أنا حر، ففي ثبوت حريته بقوله وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من قول الشافعي رضي الله عنه في هذا الموضع: لا تقبل شهادته حتى يثبت عنده بخبر منه أو بينة أنه حر، فكان ظاهر كلامه أن خبره في حريته مقبول، لأنه لما كان قوله في إسلامه مقبولاً، لأن الظاهر من الدار إسلام أهلها، كان قوله في حريته مقبولاً. لأن الظاهر من دار الإسلام حرية أهلها.

والوجه الثاني: أن قوله في حريته غير مقبول، وإن كان قوله في إسلامه مقبولاً. وهذا أظهر الوجهين.

والفرق بين الإسلام والحرية، أنه يملك الإسلام إذا كان كافراً فملك الإقرار به. ولم يملك الحرية إذا كان عبداً فلم يملك الإقرار بها.

ويكون معنى قول الشافعي رضي الله عنه، إلا بخبر منه: يعني من الحاكم؛ لأن يجوز للحاكم أن يعمل بعلمه في أسباب الجرح والتعديل على القولين معاً.

وكان بعض أصحابه يحمل الجميع على القولين في الجرح والتعديل، هل الحكم يعمل فيهما بعلمه أم لا؟ على قولين:

والفرق بينهما أولى لما ذكرناه من المعنى.

فأما قول الشافعي: ولا يقبل الشاهد حتى يثبت عنده بخبر منه أو بينة تشهد أنه حر. فقد اختلف أصحابنا في مراده بنفي القبول على وجهين:

أحدهما: لا تسمع الشهادة حتى يعلم حرية الشاهد وإسلامه فيسمعها ثم يسأل عن عدالته بظهور الحرية والإسلام، وخفاء العدالة.

والوجه الثاني: لا يحكم بها حتى يعلم حريته وإسلامه ويجوز أن يسمعها قبل العلم بحريته وإسلامه كالعدالة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ جَار إِلَى نَفْسِهِ وَلاَ دَافِعٍ عَنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن من شروط قبول الشهادة أن يخلو من التهم لقوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والتهمة ريبة.

وروى القاسم بن محمد عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةَ خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ وَلاَ ذِي الإِحْنَةِ»[1] فالخصم المنازع والظنين: المتهم. وذي الإحنة: العدو.

فمن المتهومين في الشهادة وإن كانوا عدولاً، من يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً، أو يدفع عنها ضرراً. فلا تقبل شهادته.

فمن جر النفع، أن يشهد السيد لعبده أو مكاتبه، لأنه مالك لمال عبده، ومستحق أخذ المال من مكاتبه لجواز عوده إلى رقه.

ومنها أن يشهد الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه، لجواز تصرفه فيه إذا ثبت، فكان نفعاً. وفي جواز شهادته له في غير ما هو وكيل فيه وجهان:

---

(١) انظر التلخيص ٤/٢٠٣.

أحدهما: يجوز، لعدم تصرفه فيه.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأنه قد صار بالنيابة عن ذي الحق متهوماً ومنها شهادة الولي للمولى عليه، لأنه قد قام مقامه في النيابة عنه.

ومنها شهادة الوصي للموصي بعد موته أو لأبيه على ماشهدبه، وتجوز شهادته له قبل موته لعدم ولايته.

ومنها شهادة «الموصى له بحق» للموصي «بعد موته» إذا كان له تعلق بحق وصيته. وتجوز شهادته له قبل موته لعدم ولايته؛ فإن شهد له بما لا حق له فيه قبلت شهادته وجهاً واحداً. بخلاف الوكيل في أحد الوجهين لأن الوكيل قد يجوز أن يتقرب بشهادته إلى موكله. والموصى له لا يتقرب بها إلى الموصي بعدموته. فصار الوكيل متهوماً والموصى له غير متهوم.

ومنها أن يكون للشاهد على المشهود له دين، فيشهد له بدين على غيره. فللمشهود له حالتان: موسر، ومعسر.

فإن كان موسراً قبلت شهادته له،لأنه لا يجر بها نفعاً لوصوله إلى دينه من يساره.

وإن كان معسراً فله حالتان:

إحداهما: أن يحكم بفلسه، فلا تقبل شهادته له. لأن ما شهد به من الدين صائر إليه. فصار نفعاً يترحم به.

والحالة الثانية: أن لا يحكم بفلسه. ففي قبول شهادته له وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر أنها لا تقبل. لأنه يستحق بها مطالبة المعسر بدينه كالمحكوم بفلسه.

والوجه الثاني: قاله أبو حامد الإسفراييني: تقبل شهادته له وإن لم تقبل إذا حكم بفلسه. وفرقا بين المعسر والمحكوم بفلسه. بأنه قد حكم له بمال التفليس ولم يحكم له بمال المعسر، وهذا الفرق لا يمنع مِنْ تَساويهما في غيره، وهو وصوله إلى حقه بعد تعذره.

ومنها شهادة الشريك لشريكه فيما هو يشركه فيه، لأنه يصير شاهداً لنفسه. فإن شهد له بما ليس بشريك، جاز بخلاف الوكيل، لأن للوكيل نيابة وليس للشريك نيابة. ولهذا نظائر تجري على حكمها.

فصل: فأما دفعه بشهادته ضرراً، فهي الشهادة بضد ما ذكرنا في ضده فمنها شهادة

السيد بجرح من شهد على عبده أو مكاتبه، لأنه يدفع بها نقصاً في حقه. وكذلك شهادة الوكيل بجرح شهود شهدوا على موكله.

ومنها شهادة الوصي بالإبراء من دين كان على الموصي. لأنه يدفع بها المطالبة عن نفسه.

ومنها أن يشهد الموصى له بعزل مشارك له في الوصية. لأنه يدفع بها مزاحمته في الوصية.

ومنها أن يشهد غرماء المفلس بالإبراء من دين كان على المفلس، لأنهم يدفعون بها مزاحمة صاحب الدين لهم.

ومنها أن تشهد القافلة بجرح شهود شهدوا بالقتل الخطأ، لأنهم يدفعون بها تحمل الدية عن أنفسهم. إلى نظائر هذا. والله أعلم.

[القول في شهادة العدو والخصم]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** «وَلاَ عَلَى خَصْمٍ لأَنَّ الخُصُومَةَ مَوْضِعُ عَدَاوَةٍ».

قال الماوردي: وأما شهادة العدو على عدوه فمردودة لا تقبل. وأجازها أبو حنيفة. احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان على عمومه. ولأن الدين والعدالة يمنعان من الشهادة بالزور.

ولأن العداوة إن كانت في الدين لم تمنع من قبول الشهادة، كما تقبل شهادة المسلم على الكافر مع ظهور العداوة. وإن كانت في الدنيا فهي أسهل من عداوة الدين فكانت أولى أن تقبل.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا﴾.

والعداوة من أقوى الريب.

وروي أبو داود في سننه، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ وَلاَ زَانٍ وَلاَ زَانِيَةٍ وَلاَ ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»[1].

والغمر: العداوة، وهذا نص.

ولأنها شهادة تقترن بتهمة، فلم تقبل كشهادة الوالد للولد.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٠٠) والبيهقي ١٠/ ١٥٥.

وأما الجواب عن عموم الآية فمن وجهين:

أحدهما: تخصيصها بأدلتنا.

والثاني: حملها على التحمل دون الأداء.

فأما الجواب عن قولهم أن الدين والعدالة يمنعان من الشهادة بالزور وهو أن هذا المعنى لما لم يبعث على قبول شهادة الوالد للولد لم يوجب قبول شهادة العدو على عدوه.

وأما الجواب عن قولهم: إن العداوة في الدنيا أسهل: فهو أن العداوة في الدين يبعث على العمل بموجبه فزالت التهمة فيه. والعداوة في الدنيا أغلظ للعدول بها عن أحكام الدين.

وإذا كان ذلك لم تقبل شهادة المقذوف على القاذف ولا المغصوب منه على الغاصب ولا المسروق منه على السارق وولي المقتول على القاتل والزوج على امرأته إذا زنت في فراشه، إلى نظائر هذا.

وإذا منعت العداوة من الشهادة على العدو، لم تمنع من الشهادة له، لأنه متهوم في الشهادة عليه وغير متهوم في الشهادة له. لأن ما بعث على العداوة لا يكون جرحاً تسقط به الشهادة.

[القول في شهادة الخصم على خصمه]

فصل: وأما شهادة الخصم على خصمه فترد فيما هو خصم فيه لرواية القاسم بن محمد عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ وَلَا ذِي الإِحْنَةِ».

ولأن الخصومة تؤول إلى العداوة، والعداوة تمنع من قبول الشهادة، ويجوز أن يشهد لخصمه وإن لم يشهد عليه. فلو شهد عليه ولا خصومة بينهما ثم قذف المشهود فلو عليه الشاهد فصار بالقذف خصماً قبل الحكم بشهادته. لم ترد وجاز الحكم بها مع حدوث الخصومة والعداوة بخلاف حدوث الفسق قبل الحكم بالشهود. ولأن حدوث الخصومة والعداوة ليس بجرح يوجب رد الشهادة، ولو منع حدوث ذلك. من الحكم بها لما صحت شهادة على أحد، لأنه يقدر على إسقاطها بحدوث نزاع وخصومة وما أدى إلى هذا بطل اعتباره.

[شهادة الصديق لصديقه]

فصل: وتقبل شهادة الصديق لصديقه، وإن كان ملاطفاً، والملاطف، والمهادي، وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال مالك: لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لصديقه، وتقبل شهادة غير الملاطف، لتوجه التهمة إليه بأن يشهد له بمال يصير إليه بالملاطفة بعضه. فصار جاراً بها نفعاً.

ودليلنا: هو أن المودة مأمور بها، والهدية مندوب إليها. فلم يجز أن يكون ورود الشرع بها موجباً لرد الشهادة، وبهذا المعنى فارق العدو لورود الشرع بالنهي عن العداوة.

ولأن ذوي الأنساب من الإخوة والأعمام قد يجوز أن ينتقل إليهم بالميراث فاشهدوا به وسائر أمواله، ثم لا يمنع ذلك من قبول الشهادة. والصديق الملاطف لا يستحق الميراث فكان أولى أن يكون مقبول الشهادة.

ولا وجه لما ذكر من جواز عوده إلى الصديق بالهدية، لأنه قد يجوز أن يهاديه [ولا يهاديه]، ويجوز أن يموت قبل مهاداته ويجوز إذا هاداه أن يعدل إلى غيره من أمواله فلم يكن لتعليل المنع بهذا وجه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ لِوَلَدِ بَنِيهِ وَلاَ لِوَلَدِ بَنَاتِهِ وَإِنْ سَفُلُوا وَلاَ لآبَائِهِ وَأُمَّهَاتِهِ وَإِنْ بَعُدُوا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لا تقبل شهادة الوالد لمولديه به وإن سفلوا، ولا شهادة الولد لوالديه وإن بعدوا.

وهذا قول مالك وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء.

وقال أبو إبراهيم المزني وداود بن علي: شهادة الوالد لولده والولد لوالده جائزة.

وبه قال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِيْنَ﴾ [النساء: ١٣٥] ولا يؤمر بالقسط في هذه الشهادة إلا وهي مقبولة ولأن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حاكم يهودياً إلى شريح في درع ادعاه في يده فأنكرها. فشهد له ابنه الحسن عليه السلام فرد شهادته.

وقال: يا أمير المؤمنين، كيف أقبل شهادة ابنك لك؟

فقال علي عليه السلام في أي كتاب وجدت هذا؟ أو في أي سنة. وعزله ونفاه إلى قرية يقال لها بالصفا، نيفاً وعشرين يوماً، ثم أعاده إلى القضاء، ولأن الدين والعدالة يحجزان عن الشهادة بالزور والكذب.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة متوجهة إلى شهادة بعضهم بعضاً لما جبلوا عليه من الميل والمحبة. ولذلك قال النبي ﷺ «الوَلَدُ مَحْزَنَةٌ مَجْبَنَةٌ مَبْخَلَةٌ مَجْهَلَةٌ»(١).

وروي عنه ﷺ أنه قال لعائشة رضي الله عنها «يا عائشة فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها»(٢) فدل على أن الولد بعض أبيه.

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَجَعَلُوا لَهُ مِنْ عِبَادِهِ جُزْءًا﴾ [الزخرف: ١٥] أي ولداً فصارت الشهادة له كالشهادة لنفسه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال لأبي معشر الدارمي: «أنت وَمَالُكَ لأَبِيْكَ» فصارت الشهادة بمال أبيه كالشهادة بمال نفسه.

وذكر الشافعي حديثاً رواه عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلاَ خَائِنَةٍ وَلاَ مَحْدُودٍ حَدًّا وَلاَ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيْهِ وَلاَ مُجَرَّبٍ فِي شَهَادَةِ زُورٍ وَلاَ ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ وَلاَ وَلاَءٍ وَلاَ شَهَادَةِ القَانِعِ لأَهْلِ البَيْتِ» ووصل بذلك «وَلاَ شَهَادَةُ الوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلاَ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ» ثم قال وهذا لا يثبته أهل النقل، فإن ثبت هذا فهو نص. وإن لم يثبت ففي قوله: «وَلاَ ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ» دليل على الوالد والولد.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ» وهو لا يجوز أن يشهد لكسبه.

ولأن ورود النص بالمنع من شهادة الظنين وهو المتهم يوجب المنع من شهادة الوالد للولد لأنه متهم.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أنها دالة على الشهادة عليهم لا لهم.

والثاني: أنه لما قرنها لنفسه في قوله ﴿شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ﴾ دل على خروجها مخرج الزجر، أن يخبر على نفسه، أو ولده بغير الحق.

ولا يمنع الدين والعدالة من رد الشهادة، كشهادة السيد لعبده ومكاتبه. وأما إنكار علي عليه السلام على شريح، فلأن شريحاً وهم في الدعوى؛ لأن علياً عليه السلام ادعى الدرع للمسلمين في بيت المال، ولذلك استشهد بابنه الحسن، ولم يدعها

---

(١) انظر كشف الخفا ٢/ ٤٧٠ والكنز (٤٤٥١٦).

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ٢٦، ٣٦ والبيهقي ٧/ ٦٤، ١٠/ ٢٠١.

لنفسه، وإنما كان في الدعوى نائباً عن كافة المسلمين كالوكيل. فوهم شريح وظن أن الدعوى لنفسه. ولذلك أنكر علي عليه السلام وعزله، لأنه لم يثبت في الفحص عن حقيقة الحال، فيعلم بها جواز الشهادة، فصارت دليلاً على المنع من شهادة الولد لوالده.

فصل: وأما شهادة الوالد على ولده فمقبولة على العموم في جميع الحقوق، لأنه لا يتهم في الشهادة عليه. وإن كان متهماً في الشهادة له.

وأما شهادة الولد على والده فتقبل في كل ما يجوز أن يستحقه الولد على والده من جميع الحقوق، وفي قبولها فيما لا يجوز أن يستحقه الولد على والده من حد قذف أو قصاص ففيه قولان:

أحدهما: لا تقبل، لأنه لما لم يقتل بقتله لم يقتل بقوله: كالعبد في الشهادة على الحر.

والقول الثاني: وهو الأصح تقبل شهادته عليه كما تقبل في غيره كالحر تقبل شهادته على العبد وإن لم يقتل بالعبد.

وأما الولد من الرضاع والوالد من الرضاع فشهادة بعضهم لبعض عليه فمقبولة، بخلاف النسب. لاختصاص الرضاع بتحريم النكاح. وبفارق النسب فيما عداه من أحكامه في التوارث ووجوب النفقة والعتق بالملك، وليس تحريم النكاح بمانع من قبول الشهادة.

[القول في شهادة الأقارب بعضهم لبعض من غير الأصول والفروع]

وأما من عدا عموم الآباء والأبناء من المناسبين كالإخوة والأخوات وبنيهما، والأعمام والعمات وبنيهما، والأخوال والخالات وبنيهما، فتقبل شهادة بعضهم البعض. وهو قول أبي حنيفة وجمهور الفقهاء.

وقال الأوزاعي: لا أقبلها من ذي محرم كالوالد والولد.

وقال مالك: أقبلها في كل حق إلا في النسب لأنه منهم باجتذابه والتكثر.

وكلا المذهبين فاسد، لأن عمر وابن الزبير أجازاه وليس لهما مخالف فصار إجماعاً.

لأنه نسب لا يوجب العتق والنفقة فلا يمنع من قبول الشهادة كغير المحرم من ذوي الأنساب.

وأما شهادة المعتق لمعتقه من أعلى وأسفل فمقبولة في قول الجمهور.

ومنع شريح من قبولها كالولادة، وهذا خطأ، وقد أنكره علي عليه السلام عليه لأن الولاء لا يمنع من وجوب النفقة، وهذا أبعد من ذوي الأنساب البعيدة لتعديهم عليه في الميراث. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ مَنْ يُعْرَفُ بِكَثْرَةِ الغَلَطِ أَوِ الغَفْلَةِ».

قال الماوردي: أما الضبط والتيقظ، فهما شرطان في قبول الشهادة. ليقع السكون إلى صحتها، فإن حدث من الشاهد سهو أو غلط، فإن كان فيما شهد به، ردت شهادته وإن كان سهوه وغلطه في غير تلك الشهادة نظر:

فإن كان الأغلب عليه السهو والغلط ردت شهادته، وإن لم يكن ذلك جرحاً في عدالته. لأن النفس غير ساكنة إليه إلى شهادته لحملها في الأغلب على السهو والغلط.

وإن كان الغالب عليه التيقظ والضبط، قبلت شهادته وإن غلط في بعض أخباره وسها، لأنه ما من أحد يخلو من سهو أو غلط.

وهذارسول الله ﷺ قد سها وقال: «إِنَّمَا أَسْهُو لأَسُنَّ» وإذا كان لا يخلو ضابط من غلط ولا غافل من ضبط وجب أن يكون المعتبر الأغلب. كما يعتبر في الطاعات والمعاصي أغلبها فيكون العدل والفسق معتبراً بما يغلب من طاعة أو معصية. وكذلك الضبط والغفلة.

[القول في شهادة الزوجين]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كُنْتُ لاَ أُجِيزُ شَهَادَةَ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ لأَنَّهُ يَرِثُهَا مَا أَجَزْتُ شَهَادَةَ الأَخِ لأَخِيهِ إِذَا كَانَ يَرِثُهُ».

قال الماوردي: اختلف الفقهاء في شهادة كل واحد من الزوجين لصاحبه.

فذهب الشافعي رحمه الله إلى جوازها وقبول شهادة الزوج لزوجته. وقبول الزوجة لزوجها.

وقال النخعي وابن أبي ليلى لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها؛ لأنه إذا أيسر وجب لها عليه نفقة الموسرين. وتقبل شهادة الزوج لزوجته، لأنه لا يجر بها نفعاً.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ويشبه أن يكون قول مالك، على قياس قوله في الصديق الملاطف.

احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]. وذلك من موجبات الارتياب والتهمة.

وقالوا: ولأنه سبب لا يحجب من الإرث، فوجب أن يمنع من الشهادة كالأبوة والبنوة.

قالوا: ولأن الميراث يستحق بنسب وسبب فلما كان في الأنساب ما يمنع من قبول الشهادة، وجب أن يكون في الأسباب ما يمنع من قبول الشهادة.

وتحريره: أنه أحد نوعي ما يورث به فوجب أن يكون منه ما ترد به الشهادة كالنسب.

قالوا: ولأن اجتماعهما في المقام والظعن وامتزاجهما في الضيق والسعة، واختصاصهما بالميل والمحبة، قد جمع من أسباب الارتياب المانعة من قبول الشهادة. فوجب أن ترد به الشهادة.

ودليلنا عموم قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فوجب أن يكون على عمومه.

وروى مجالد عن الشعبي عن سويد بن غفلة أن يهودياً كان يسوق امرأة على حمار فنخسها فرمى بها، فوقع عليها، فشهد عليه زوجها وأخوها عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقبل شهادتهما. وقتله وصلبه.

وقال سويد بن غفلة: إنه لأول مصلوب صلب بالشام.

وليس لعمر مخالف في الصحابة مع انتشار القصة فثبت أنه إجماع لا مخالف له ولأن بينهما صلة لا توجب العتق فلم يمنع من قبول الشهادة، كالعشيرة ولأنها حرمة حدثت عن صلة، فلم تمنع من قبول الشهادة، فآباء الزوجين وأبنائهما ولأنه عقد على منفعة فلم يوجب رد الشهادة كالإجارة.

ولأنه عقد معاوضة فلم يمنع من قبول الشهادة كالبيع.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مُوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾. فهو أن المودة لا توجب رد الشهادة كالأخوين وعلى أنه قد يحدث بينما تباغض وعداوة تزيد على الأجانب، فلو جاز أن يكون هذا المعنى علة في المنع لفرق بين المتحابين والمتباغضين ولا فرق بينهما فبطل التعليل.

فأما الجواب عن تعليلهم بعدم الحجب عن الميراث، قياساً على الآباء والأبناء فليس عدم الحجب عن الميراث علة في رد الشهادة، لأننا نرد شهادة من لا يرث من

الأجداد والجدات، وإنما العلة، البعضية الموجبة للعتق التي تجري على العموم فيمن ترد شهادته بالنسب، فصار هو علة الحكم وهو معدوم في الزوجية فزال عنها حكمه.

وأما الجواب عن قياسهم على النسب، بأنه أحد نوعي الميراث. فهو فاسد بالولاء. ثم ليس الميراث علة لما ذكرنا من أن في الوالدين المولودين من لا يرث وشهادته مردودة، والإخوة والأخوات والعصبات يرثون وشهادتهم مقبولة.

وأما الجواب عن استدلالهم باجتماع أسباب التهمة في رد الشهادة فهو أن انفراد كل واحد من هذه الأسباب لما لم توجب التهمة في رد الشهادة، لم يضر اجتماعها موجباً للتهمة في رد الشهادة، لأن الاجتماع في المقام والظعن لا يوجب رد الشهادة كالأصحاب. لأن الاجتماع في المودة والرحمة لا توجبها كالأصدقاء، والامتزاج في الضيق والسعة لا توجبها كالخلع.

وأما ابن أبي ليلى فيقال له: ينتفع الزوج بيسار زوجته في وجوب نفقة ابنه عليها إذا أعسر بها ولا يوجب بذلك رد شهادته لها، كذلك انتفاعها بيساره فيما يجب لها من نفقة الموسرين لا يوجب رد شهادتها له. والله أعلم.

[القول في شهادة أهل الأهواء]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَرُدُّ شَهَادَةَ الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِذَا كَانَ لاَ يَرَى أَنْ يَشْهَدَ لِمُوَافِقِهِ بِتَصْدِيقِهِ وَقُبُولِ يَمِينِهِ وَشَهَادَةَ مَنْ يَرَى كَذِبَهُ شِرْكاً بِاللَّهِ وَمَعْصِيَةً تَجِبُ بِهَا النَّارُ أَوْلَى أَنْ تَطِيبَ النَّفْسُ بِقَبُولِهَا مِنْ شَهَادَةِ مَنْ يُخَفِّفُ المَأْثَمَ فِيهَا وَكُلُّ مَنْ تَأَوَّلَ حَرَاماً عِنْدَنَا فِيهِ حَدٌّ أَوْ لاَ حَدَّ فِيهِ لَمْ نُرِدْ بِذَلِكَ شَهَادَتُهُ أَلاَ تَرَى أَنَّ مِمَّنْ حُمِلَ عَنْهُ الدِّينُ وَجُعِلَ عَلَماً فِي البُلْدَانِ مِنْهُمْ مَنْ يَسْتَحِلُّ المُتْعَةَ وَالدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ نَقْدَاً وَهَذَا عِنْدَنَا وَغَيْرِنَا حَرَامٌ وَأَنَّ مِنْهُمْ مَنْ اسْتَحَلَّ سَفكَ الدِّمَاءِ وَلاَ شَيْءَ أَعْظَمُ مِنْهُ بَعْدَ الشِّرْكِ وَمِنْهُمْ مَنْ تَأَوَّلَ فَاسْتَحَلَّ كُلَّ مُسْكِرٍ غَيْرَ الخَمرِ وَعَابَ عَلَى مَنْ حَرَّمَهُ وَلاَ نَعْلَمُ أَحَداً مِنْ سَلَفِ هَذِهِ الأُمَّةِ يُقْتَدَى بِهِ وَلاَ مِنَ التَّابِعَيْنِ بَعْدَهُمْ رَدَّ شَهَادَةَ أَحَدٍ بِتَأْوِيلٍ وَإِنْ خَطَّأَهُ وَضَلَّلَهُ».

قال الماوردي: وهذا فصل قد اختلط كلام أصحابنا فيه ممن تفرد بالفقه دون أصوله، فوجب أن تقرر قاعدته ليعلم بها قول المختلفين، وما يوجبه اختلافهم فيه من تعديل وتفسيق وتكفير.

فنقول: من تدين بمعتقد من جميع الناس صنفان:

صنف ينطلق عليهم اسم الإسلام. وصنف لا ينطلق عليهم اسمه.

فأما من لا ينطلق عليهم اسم الإسلام، فهو من كَذَّب الرسول ﷺ ولم يتبعه. فخرج بالتكذيب وبترك الاتباع من ملته، فهؤلاء كلهم ينطلق عليهم اسم الكفر، وسواء من رجع منهم إلى ملة كاليهود، والنصارى أو لم يرجع إلى ملة كعبدة الأوثان وما عظم شمس ونار. وجميعهم في التكفير في رد الشهادة سواء.

وإن فرق أبو حنيفة بين أهل الملل وغيرهم، فأجاز شهادة أهل الملل بعضهم لبعض ورد شهادة غيرهم.

وأما من ينطلق عليهم اسم الإسلام، فهو من صدق الرسول ﷺ واتبعه، فصار بتصديقه على النبوة من جملة أمته وبصلاته إلى القبلة داخلاً في ملته. فخرجوا بانطلاق اسم الإسلام عليهم أن يجري عليهم أحكام من لم يجر عليه اسم الإسلام من الكفار. فهذا أصل.

ثم ينقسم من ينطلق اسم الإسلام عليه ثلاثة أقسام: موافق، ومتبع، ومخالف.

وأما الموافق: فهو من اعتقد الحق وعمل به، فكان باعتقاد الحق متديناً وبالعمل به مؤدياً، فهذا مجمع على عدالته في معتقده وقوله مقبول القول في خبره وشهادته.

[القول في شهادة المتبع]

فصل: فأما المتبع: فهو من عمل بالحق ولم يخالف في المعتقد. كالمقلد من العامة للعلماء. فإن كان التقليد في الفروع فهو فرضه، وهو عدل في معتقده وعمله.

وإن كان تقليده في أصول التوحيد، فمن جوز تقليده فيها جعله عدلاً في معتقده وعمله. ومن منع التقليد فيها جعله مقصراً في معتقده ومؤدياً في عمله. وعدالته معتبرة بسكون نفسه ونفورها، فإن كان ساكن النفس إلى صحة التقليد لم يخرج عن العدالة، وإن كان نافر النفس منه خرج من العدالة.

[القول في شهادة المخالف]

فصل: وأما المخالف فعلى ضربين:

أحدهما: أن يخالف في العمل.

والثاني: في المعتقد.

فأما المخالف في العمل، فهو أن يعتقد ما لا يعمل به، فإن كان في مباح فهو على عدالته، وإن كان في واجب فسق به وخرج عن عدالته، لأنه تعمد المعصية بترك ما اعتقد وجوبه ويكون كالعمل بما اعتقد تحريمه.

وأما المخالف في المعتقد فمختلف الحكم بخلافه فيما انعقد عليه الدين. والدين منعقد على فروع وأصول.

فالأصول، ما اختص بالتوحيد والنبوة. والفروع ما اختص بالتكليف والتعبد. وللأصول فروع، وللفروع أصول.

فأما أصول الأصول، فما اختص بإثبات التوحيد وإثبات النبوة. وفروعه ما اختص بالصفات وأعلام النبوة.

وأصول الفروع ما علم قطعاً من دين الرسول ﷺ وفروعه ما عرف بغير مقطوع به.

فأما المخالف في أصول التوحيد والنبوة، فمقطوع بكفره، ويخرج من انطلاق اسم الإسلام عليه، وإن تظاهر به. فلا تثبت له عدالة ولا تصح له ولاية ولا تقبل له شهادة.

وأما المخالف في فروع الأصول من الصفات وأعلام النبوة، فإن رده خبر مقطوع بصدقه من قرآن أو سنة وأثر، كان مخالفه كافراً، لا تثبت له عدالة، ولا تصح له ولاية، ولا تقبل له شهادة. كذلك ما ردته العقول واستحال جوازه فيها، وما لم يرده خبر مقطوع بصدقه، ولا عقل يستحيل به نظر. فإن اتفق أهل الحق على تكفيره به، سقطت عدالته ولم تصح ولايته ولم تقبل شهادته، وإن اختلف أهل الحق في تكفيره به، فهو على العدالة وصحة الولاية وقبول الشهادة.

فهذا أصل مقرر في الأصول يغني عن ضرب مثل وتعيين مذهب.

[القول في شهادة جاحد فروع الدين]

فصل: وأما الفروع: فأصولها كالأصول. فما علم قطعاً من دين الرسول ﷺ بإجماع الخاصة والعامة عليه، كوجوب الصلاة وأعدادها. واستقبال الكعبة بها. ووجوب الزكاة بعد حولها. وفرض الصيام والحج وزمانهما. وتحريم الزنا والربا والقتل والسرقة.

فإن جحد وجوب أحدها أو اعتقد في الصلاة نقصاناً منها أو زيادة عليها. أو غير الصيام والحج عن زمانهما من تقديم أو تأخير. أو زاد في القرآن أو نقص منه بعد انعقاد الإجماع عليه، فهو كافر. لأنه جحد بهذا الخلاف ما هو مقطوع به من دين الرسول ﷺ. فصار كالجاحد لصدق الرسول ﷺ فلا تثبت له عدالة ولا تصح له ولاية ولا تقبل له شهادة.

فصل: وأما الفروع التي ليست بأصول، فالخلاف فيها على ضربين:

أحدهما: في الأداء.

والثاني: في الأحكام.

فأما الخلاف في الأداء المنتحلة فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما اعتقد به تكفير مخالفه واستباحة ماله ودمه. كمن يرى من الخوارج، بموالاتهم لأبي بكر وعمر رضي الله عنهما تكفير جميع الأمة. وكالغلاة يرون بمعتقدهم في علي بن أبي طالب عليه السلام، تكفير جميع الأمة.

يرى الفريقان: بهذا المعتقد أن دار الإسلام دار إباحة في قتل رجالها وسبي ذراريها، وغنيمة أموالها. فيحكم بكفر من هذا اعتقاده من الفريقين لأمرين:

أحدهما: لتكفيرهم السواد الأعظم المفضي إلى تعطيل الإسلام ودروسه، وقد قال ﷺ: «تَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً مِنْهَا وَاحِدَةٌ نَاجِيَةٌ. قِيلَ: وَمَا هِيَ؟ قَالَ: السَّوَادُ الأَعْظَمُ».

والثاني: استباحتهم لدار حرم الشرع نفوس أهلها وأموالهم. وقد قال ﷺ: «مَنَعَتْ دَارُ الإِسْلَامُ وَمَا فِيهَا وَأَبَاحَتْ دَارُ الشِّرْكِ وَمَا فِيهَا».

وقال يوم النحر كلاماً شهده الجم الغفير: «أَلَا إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا».

فكانوا أبعد الناس من العدالة وأولاهم برد الشهادة.

[شهادة معتقد كفر مخالفه]

فصل: والضرب الثاني: من يعتقد تكفير مخالفة ولا يرى استباحة دمه فينظر فإن تعرض بعرض برأيه لتكفير الصدر الأول من الصحابة والتابعين لهم بإحسان حكم بكفره، لرده على الله تعالى في قوله: ﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ﴾ [الفتح: ١٨] وردة على رسوله في قوله: «أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمُ اقْتَدَيْتُمُ اهْتَدَيْتُمْ»

وقوله ﷺ: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي ثُمَّ الَّذِيْنَ يَلُونَهُمْ» فتسقط عدالتهم وترد شهادتهم بكفرهم.

وإن لم يتعرضوا لتكفير الصدر الأول واعتقدوا فيهم الإيمان، وتفردوا بتكفير أهل عصرهم فهم أهل ضلال يحكم بفسقهم دون كفرهم، فتسقط عدالتهم وترد شهادتهم بالفسق دون الكفر.

[شهادة مبتدع الرأي]

فصل: والضرب الثالث: أن يبتدع رأياً ولا يعتقد به تكفير مخالفه فهو على ضربين:

أحدهما: أن يرتكب فيه الهوى ولا يتمسك فيه بتأويل: فهو ضال يحكم بفسقه ورد شهادته. قال الله تعالى: ﴿وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَى. فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى﴾ [النازعات: ٤٠، ٤١]. وسنة عمر رضي الله عنه في صبيغ. وكان من أهل المدينة يطوف بها ويسأل عن الشبهات ويميل إلى المخالفة. فأمر به وضرب بالجريد وشهر بالمدينة ونفي عنها.

وقال الشافعي رحمه الله في بعض أهل الأهواء: سنتي فيه سنة عمر في صبيغ ولأن من ارتكب الهوى ولم يتبع الدليل فقد ضل وأضل، إذ لا يفرق بين حق وباطل ولا بين صحيح وفاسد، ولأن الهوى أسرع إلى الباطل من الحق، لخفة الباطل وثقل الحق.

فصل: والضرب الثاني: أن يتمسك فيما ابتدعه بتأويل فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالف به الإجماع من أحد الوجهين: إما أن يدفع ما اعتقده الإجماع. وإما أن يدفع بمعتقده الإجماع.

فإن دفع بمعتقده الإجماع، فلا يخلو أن يكون إجماع الصحابة أو إجماع غيرهم. فإن خالف به إجماع الصحابة ضل به وحكم بفسقه ورد شهادته لقوله النبي ﷺ: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ».

وقال ﷺ: «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي، عَضُّوا عَلَيْهَا بِالنواجِز وَإِيَّاكُمْ وَمُحْدَثَاتِ الْأُمُورِ فَإِنَّ كُل مُحْدَثَةٍ بِدْعَةٌ وَكُلُّ بِدْعَة ضَلَالَة وَكُلُّ ضَلَالَة فِي النَّارِ».

وإن خالف به إجماع غير الصحابة، فإن كان ممن يقول إن الإجماع هو إجماع الصحابة دون غيرهم، ويعتقد استحالة إجماع غيرهم لتباعد أعصارهم كان على عدالته وقبول شهادته.

وإن كان ممن يقول بإجماع كل عصر. فسق بمخالفة الإجماع وردت شهادته.

فصل: والضرب الثاني: وأن لا يخالف بمعتقده الإجماع، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تفضي به المخالفة إلى القدح في بعض الصحابة. فهو على ضربين: سب وجرح.

فإن كان القدح سباً، فسق به وعزر من أجله.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ سَبَّ نَبِيًّا فَقَدْ كَفَرَ وَمَنْ سَبَّ صَحَابِيًّا فَقَدْ فَسَقَ».

وليس من عاصر الرسول ﷺ وشاهده كان من الصحابة وإنما يشتمل اسم الصحابة على من اجتمع فيه شرطان:

أحدهما: أن يتخصص بالرسول ﷺ.

والثاني: أن يتخصص به الرسول ﷺ.

فأما اختصاصه بالرسول، فيكون من أمرين.

أحدهما: مكاثرته في حضره وسفره.

والثاني: متابعته في الدين والدنيا.

وليس من قدم عليه من الوفود، ولا من غزا معه من الأعراب، من الصحابة. لعدم هذين الشرطين فيهم.

وأما اختصاص الرسول به فيكون به بأمرين:

أحدهما: أن يثق بسرائرهم.

والثاني: أن يقضي بأوامره ونواهيه إليهم.

ولذلك لم يكن المنافقون من الصحابة لعدم هذين الأمرين فيهم فصار الصحابي من تكامل فيه ما ذكرناه. ومن أخل بها خرج منهم.

وإن كان القدح في الصحابة جرحاً ينسب بعضهم إلى فسق وضلال نظر: فإن كان من أحد العشرة الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالجنة، صار باعتقاده لفسقه فاسقاً مردود الشهادة.

وإن لم يكن من العشرة نظر: فإن كان من أهل بيعة الرضوان، صار بتفسيق أحدهم فاسقاً؛ لأن الله تعالى أخبر بالرضى عنهم.

وإن لم يكن من أهل بيعة الرضوان نظر: فإن كان قبل تنازع الصحابة رضي الله عنهم في قتال الجمل وصفين، صار بتفسيقه للصحابة فاسقاً «مردود الشهادة».

وإن كان قد دخل في تنازع أهل الجمل وصفين، فقد اختلف أهل العلم من أصحابنا وغيرهم في تنازعهم هل نقلهم عن الحكم المتقدم فيهم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أكثرهم، أنهم على استدامة حكم الرسول فيهم من القطع بعدالتهم في الظاهر والباطن. ولا يكشف عن سرائرهم في رواية خبر ولا في ثبوت شهادة. استدامة لحكم الصحبة فيهم، ومن فسق أحدهم كان بتفسيقه فاسقاً، لأنهم في التنازع متأولون.

والوجه الثاني: أنهم صاروا بعد التنازع كغيرهم من أهل الأعصار عدولاً في الظاهر دون الباطن. وزال عنهم القطع بعدالتهم في الظاهر والباطن فلا تقبل شهادة أحدهم إلا بعد الكشف عن عدالة باطنة.

ومن فسق أحدهم لم يفسق بتفسيقه، وكان على عدالته في قبول شهادته، لأنهم انتقلوا بالتنازع عن الأُلْفَة إلى التقاطع، وقد قال ﷺ: «لاَ تَقَاطَعُوا وَلاَ تَدَابَرُوا وَلاَ تَبَاغَضُوا وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانَاً». وقد أحدث التنازع فيهم ما نهاهم عنه.

فصل: والضرب الثاني: أن لا تفضي به المخالفة إلى القدح في الصحابة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تفضي به المخالفة إلى البغي على إمامه بمشاقته وخلع طاعته بشبهة تأول بها فساد إمامته، فله حالتان:

إحداهما: أن يكف عن القتال فيكون على عدالته وقبول شهادته.

والحال الثانية: أن يقاتل أهل العدل. فله في قتاله حالتان:

إحداهما: أن يبتدىء بقتال أهل العدل فيفسق بما ابتدأه من قتالهم فترد شهادته لتعديه بالقتال. مع خطئه في الاعتقاد.

والحال الثانية: أن يبدأ أهل العدل بالقتال فيدفع عن نفسه قتالهم فله في قتاله حالتان:

إحداهما: أن يدعى إلى الطاعة ليكف عنه، فيمتنع منها. فيفسق بقتاله، لأنه قد كان يجد منه بداً بإظهار الطاعة.

والحالة الثانية: أن يبدأ بالقتال من غير استدعاء إلى الطاعة، فلا يفسق بقتاله لأنه دافع بها عن نفسه، فتقبل شهادته، وقد أمضى علي بن أبي طالب عليه السلام عنه أحكام من بغى عليه في قتال الجمل وصفين.

فصل: والضرب الثاني: أن لا يفضى به المخالفة إلى البغي في مشاقه أهل العدل فهو على ضربين:

أحدهما: أن تفضي به المخالفة إلى منابذة مخالفيه بالتحزب والتعصب. فله حالتان:

إحداهما: أن يبدأ بها ليستطيل على مخالفيه، فيكون ذلك فسقاً ترد به شهادته، لأنه قد جمع بين اعتقاد الخطأ وأفعال السفهاء فيفسق بفسقه لا بمعتقده.

والحال الثانية: أن يستدفع بها منابذة خصومه، فإن وجد إلى دفعهم بغير المنابذة سبيلاً، صار بالمنابذة سفيهاً مردود الشهادة، وإن لم يجد إلى دفعهم بغيرها سبيلاً، فله حالتان:

إحداهما: أن لا يستضر باحتمالها والصبر عليها فيكون بفعلها سفيهاً ترد شهاته.

والحالة الثانية: أن يستضر بها فيكون في دفعها بالمقابلة على عدالته وقبول شهادته، ولأن دفع الضرر عذر مستباح لقوله النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِـرَار».

فصل: والضرب الثاني: أن لا تفضي به المخالفة إلى المنابذة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يعتقد بتصديق موافقيه في دعاويهم، ويشهد لهم بها على خصومهم كالخطابية.

يعتقدون أن من كان على رأيهم لم يكذب فيصدقوه على ما ادعاه، وشهدوا له على خصمه إن أنكر، فمنهم من يستظهر بإحلافه قبل الشهادة له، ومنهم من لا يستظهر، ويشهد له بمجرد قوله. وهي في الحالتين شهادة زور تسقط بها عدالته وترد بها شهادته، لأنه شهد بما لم يعلم، والله تعالى يقول: ﴿إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾.

فصل: والضرب الثاني: أن لا يعتقد بتصديق موافقيه على مخالفيه، ويتحفظ في الشهادة لهم وعليهم، حتى يعلمها من الوجه الذي يجوز أن يشهد بها، فهم أسلم أهل الأهواء طريقاً، وهم صنفان:

صنف يرون تغليظ المعاصي، فيجعلها بعضهم شركاً ويجعلها أهل الوعيد خلوداً.

وصنف يرون تخفيف المعاصي في إرجائها وتفويضها.

وكلا الصنفين في العدالة وقبول الشهادة سواء.

وقال الشافعي رضي الله عنه: وشهادة من يرى كذبه شركاً بالله ومعصية تجب بها النار، أولى أن تطيب النفس بقبولها من شهادة من يخفف المأثم ولم يرد أنها أولى من

شهادة أهل الحق فيها يعني أن شهادة من يغلظ المعاصي من هذين الصنفين أولى أن تطيب النفس بها من شهادة من يخففها.

فصار هذا التفصيل مفضياً إلى قبول شهادة أهل الأهواء والبدع لستة شروط:

أحدها: أن يكون ما انتحلوه بتأويل سائغ.

والثاني: أن لا يدفعه إجماع منعقد.

والثالث: أن لا يفضي إلى القدح في الصحابة.

والرابع: أن لا يقاتل عليه ولا ينابذ فيه.

والخامس: أن لا يرى تصديق موافقه على مخالفه.

والسادس: أن تكون أفعالهم مرضية، وتحفظهم في الشهادة ظاهر فهذا حكم ما تعلق بالآراء والنحل.

فصل: وأما الاختلاف في أحكام الفروع فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما ضل به.

والثاني: ما أخطأ فيه.

والثالث: ما ساغ له.

وأما الضرب الأول: وهو ما ضل به، فهو أن يخالف فيه إجماع الخاصة دون العامة كالإجماع على أن لا ميراث لقاتل، ولا وصية لوارث، وأن لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، فالمخالف فيه ضال يحكم بفسقه ورد شهادته.

وأما الضرب الثاني: وهو ما أخطأ فيه: فهو ما شذ الخلاف فيه وعدل المتأخرون عنه، كاستباحة المتعة، وبيع الدينار بالدينارين نقداً، ومسح الرجلين «في الوضوء».

وقطع [يد] السارق من المنكب، فهذا خلاف شذ قائله، وظهر فيه خطؤه، ولأنه يتردد بين منسوخ كالمتعة، وبين ما توالى فيه النقل الصحيح كالربا في النقد والنساء. وبين ما ضعف فيه التأويل وظهر عليه الدليل كمسح الرجلين وقطع السارق من المنكب، فحكم بخطئه لظهور الدليل على فساده، ولم يبلغ به حد الضلال للشبهة المعترضة في احتماله، فيكون المخالف فيه على عدالته وقبول شهادته.

وأما الضرب الثالث: وهو ما ساغ الخلاف فيه على عدالته وقبول شهادته فهو مسائل الاجتهاد في العبادات والمعاملات والمناكح الذي لم يرد فيه حد وكان للاختلاف فيه وجه محتمل، فلا يتباين فيه المختلفون، ولا يتنابذ فيه المتنازعون،

ولكل واحد من أقاويلهم وجه، فمن قال: إن كل مجتهد مصيب جعل جميع أقاويلهم حقاً، ولم يجعل قول واحد منهم خطأ. ومن قال: إن الحق في واحد منهم، فكل واحد منهم جاز أن يكون محقاً، وإن لم يكن في جميع أقاويلهم محقاً. وهو أسهل الاختلاف في الدين وجميعهم على العدالة وقبول الشهادة.

فهذا تفصيل مذهب الشافعي رضي الله عنه في عدالة المختلفين في الأصول والفروع. أنه لم يقبل شهادة جميعهم. ولا رد شهادة جميعهم حتى فصلناه على ما اقتضاه مذهبه وأوجبته أصوله. فأوضحنا بها من كان مقبول الشهادة ومردودها. وخالفه فيها أبو حنيفة ومالك.

فأما أبو حنيفة فخفف الأمر فيها وأجاز شهادة كل من أطلق اسم الإسلام عليه واعتبر العدالة بالأفعال دون الاعتقاد.

وأما مالك فشدد الأمر فيها فرد شهادة جميعهم واقتصر بالعدالة على أهل الحق. وكل واحد من قوليهما مدفوع بما أوضحنا من دلائل القبول والرد. والله أعلم.

[القول في اللعب بالشطرنج والحمام]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَاللَّاعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ وَالحَمامِ بِغَيْرِ قِمَارٍ وَإِنْ كَرِهْنَا ذَلِكَ أَخَفُّ حَالاً (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ فَكَيْفَ يُحَدُّ مَنْ شَرِبَ قَلِيلاً مِنْ نَبِيذٍ شَدِيدٍ وَيُجِيزُ شَهَادَتَهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في لعب الشطرنج.

والثاني: في اللعب بالحمام.

فأما اللعب الشطرنج فالكلام فيه يشتمل على فصلين:

أحدهما: في إباحتها وحظرها.

والثاني: في عدالة اللاعب بها وجرحه.

فأما إباحتها وحظرها، فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: وهو مذهب مالك، أنها حرام.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أنها مكروهة كراهة تغليظ يوجب المنع، وإن لم يبلغ مبلغ التحريم.

والثالث: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنها ليست محرمة كما قال مالك رضي الله عنه ولا بمغلظة الكراهة كما قال أبو حنيفة، ثم قال: وإن كرهنا ذلك، وأراد به كراهة تنزيه.

واختلف أصحابه فيما تعود كراهته إليه على وجهين:

أحدهما: تعود كراهته إليها لأنه ضرب من اللعب.

والثاني: تعود كراهته إلى ما يحدث عنها من الخلاعة.

واستدل من حظرها وحرمها بما رواه الحسن البصري: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَن اللَّعبِ بِالشِّطْرَنْجِ»[١].

وبما روي [عن النبي] ﷺ أنه قال: «كُلُّ اللَّعْبِ حَرَامٌ إلاَّ لَعِبَ الرَّجُلِ بِقَوْسِهِ وَلَعِبهُ بِفَرَسِهِ وَلَعِبَهُ مَعْ زَوْجَتِهِ»[٢]. فعم تحريم اللعب إلا ما استثناه.

فكان الشطرنج داخلاً في عموم التحريم وخارجاً من استثناء الإباحة.

وبما روي عن علي عليه السلام مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ وألقى فيها كفا من تراب[٣] فدل تشبيهه لها بالأصنام على تحريمها كالأصنام.

وسئل مالك عنها فقال: أحق هي؟ قيل: لا. قال: فما بعد الحق إلا الضلالة فأنى تصرفون.

واستدل من أباحها وحللها: بانتشارها بين الصحابة والتابعين إقراراً عليها، وعملاً بها، فروى الخطيب مولى سليمان بن يسار قال: كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يمر بنا ونحن نلعب بالشطرنج فيسلم علينا ولا ينهانا.

وروى الضحاك بن مزاحم قال: رأيت الحسن بن علي عليه السلام مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ادفع ذا ودع ذا.

وروى أبو راشد قال: رأيت أبا هريرة يدعو غلاماً فيلاعبه بالشطرنج.

وروى عبد الله بن عباس: أنه كان يجيز الشطرنج ويلعب بها.

---

(١) انظر كف الرعاع للهيثمي (٣٢١).
(٢) أحمد ٤/١٤٨ الطبراني في الكبير ١٧/٣٤١ انظر الدر المنثور ٣/١٩٢ والمجمع ٥/٢٦٩.
(٣) أخرجه البيقهي ١٠/٢١١.

وروى عبد الله بن الزبير أنه كان يلعب بالشطرنج.

فهؤلاء خمسة من الصحابة أقروا عليها ولعبوا بها.

وأما التابعون: فروي عن سعيد بن المسيب أنه كان يلعب بها.

وروى الشافعي عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب بها استدباراً. قال المزني: فقلت للشافعي: فكيف كان يلعب بها استدباراً؟ فقال: كان يوليها ظهره ويقول للغلام: بماذا دفع؟ فيقول: بكذا. فيقول: ائت بكذا.

وروى الزهري عن علي بن الحسين أنه كان يلاعب أهله بالشطرنج.

وروى أبو لؤلؤة قال: رأيت الشعبي يلعب بالشطرنج مع الغرماء.

وروى راشد بن كريب قال: رأيت عكرمة مولى ابن عباس أقيم قائماً في لعب الشطرنج.

وروي أن محمد بن سيرين كان يلعب بالشطرنج وقال: هي لب الرجال.

وإذا اشتهر هذا عمن ذكرنا من الصحابة والتابعين وقد عمل به معهم من لا يحصى عددهم من علماء الأمصار وفضلائهم، من حذفنا ذكرهم إيجازاً، خرج من حكم الحظر وكان بالإجماع أشبه.

وليس إنكار علي عليه السلام لها لأجل حظرها. وقيل: لأنهم سمعوا الأذان وهم متشاغلون عنها. وقيل: لأنهم كانوا يستخفون في الكلام عليها.

وما رواه الحسن مرسل وليس بصحيح، ولا يمنع أن يكون قياساً على ما استثناه الرسول من اللعب؛ لأن فيها تنبيهاً على مكائد الحرب ووجوه الحزم وتدبير الجيوش. وما بعث على هذا، إن لم يكن ندباً مستحباً فأحرى أن لا يكون حظراً محرماً.

فصل: وأما عن عدالة اللاعب بها فعند مالك وأبي حنيفة أن عدالته ساقطة وشهادته مردودة على أي وجه لعب بها.

وإن اختلفا في موجب ردها، فردها مالك لحظرها، وردها أبو حنيفة لتغليظ كراهتها وعند الشافعي أن عدالته وجرحه معتبر بصفة لعبه بها، فإن خرج بها إلى خلاعة أهلها أو قامر عليها أو تشاغل عن الصلاة بها خرج عن العدالة بما فعله من أحد هذه الثلاثة فردت شهادته بها لا بنفس اللعب وأما الخلاعة فهو أن يستخف عليها بلغو الكلام، وأن يلعب بها على الطريق، وأن ينقطع إليها ليله ونهاره حتى يلهو بها عما سواها.

وأما القمار فهو ما يأخذه من العوض عليها إن غلب، أو يدفعه من العوض عنها إن غلب لتحريم الله تعالى القمار نصاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسَرُ وَالأَنْصَابُ والأزلام رجسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

والميسر هو القمار والقمار ما لم يحل أن يكون كل واحد منهما آخذاً أو معطياً فيأخذ إن كان غالباً ويعطي إن كان مغلوباً.

فأما إن عدلا عنه إلى حكم السبق والرمي، بأن ينفرد أحد المتلاعبين بإخراج العوض دون صاحبه ليؤخذ منه إن كان مغلوباً وليسترجعه إن كان غالباً، ويكون الآخر آخذاً إن كان غالباً وغير معط إن كان مغلوباً، فقد اختلف أصحابنا في جوازه في الشطرنج مع اتفاقهم على جوازه في السبق والرمي بناء على اختلاف قولهم في قوله ﷺ: «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ».

هل هو أصل بذاته أو استثناء من جملة محظور على وجهين:

أحدهما: أنه أصل في نفسه يجوز القياس عليه. فعلى هذا يجوز مثله في الشطرنج قياساً على السبق والرمي. لجواز القياس على أصل النص. ولا يكون إخراج هذا العوض في الشطرنج محظوراً فلا يكون به مجروحاً.

والوجه الثاني: أن السبق والرمي مستثناً من جملة محظورة. فعلى هذا لا يجوز مثله في الشطرنج، لأن القياس يكون على الأصل دون الاستثناء ويكون إخراج هذا العوض في الشطرنج محظوراً ويصير بإخراجه مجروحاً.

وأما تشاغله بها عن الصلاة، فهو أن يدخل عليه وقتها فينقطع بها عن الصلاة حتى يفوت. فإن ذكرها وعلم بفوات الوقت. فقد فسق، ولو كان في دفعة واحدة، وإن نسي الصلاة ولم يعلم بدخول الوقت حتى فات، فإن كان في دفعة واحدة، لم يفسق به. وإن تكرر منه ذلك وكثر فسق به ولو تكرر منه لكثرة الفكر حتى تكرر منه نسيان الصلاة في وقتها حتى فات، لم يفسق.

والفرق بينهما: أنه لا يقدر على دفع الفكر عن نفسه إذا طرأ، فلم يفسق إذا كثر به نسيان الصلاة. ولعب الشطرنج من فعله واختياره فيفسق إذا كثر به نسيان الصلاة.

وأما إذا تجرد لعب الشطرنج عما يفسق به من هذه الأحوال الثلاثة واستروح به في أوقات خلواته، مستخفياً به عن المحتشمين، فكان لعبه به على أحد وجهين:

إما ليشفى به هَمّاً ويستحدث به راحة، وإما ليرتاض به في تدبيره وجزالة رأيه وصحة حزمه فهو على عدالته وقبول شهادته.

وهل يكون عفواً أو مباحاً.

على ما قدمنا من الوجهين في معنى كراهة الشافعي رضي الله عنه لها.

هل كان عائداً إليها أو إلى ما يحدث فيها؟

فإن قيل: إنه عائد إليها كان اللعب بها معفواً عنه.

وإن قيل: إنه عائد إلى ما يحدث عنها، كان اللعب بها مباحاً.

وهو على الوجهين غير مانع من قبول الشهادة.

فصل: وأما الفصل الثاني في اللعب بالحمام: فمذهب مالك ترد به الشهادة من غير تفصيل.

وعلى مذهب الشافعي ينقسم على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما ترد به شهادته، وهو ما يخرج به إلى السفاهة، إما بالبذلة في أفعاله وإما بالخنا في كلامه، والسفاهة خروج عن العدالة ترد بها الشهادة، وقد روي أن النبي ﷺ رأى رَجُلاً يَسْعَى بِحَمَامَةٍ فَقَالَ: «شَيْطَانٌ يَتْبَعُ شَيْطَانَةً».

والضرب الثاني: ما لا ترد به الشهادة، وهو ما كان به محفوظ المروءة لاتخاذها إما للاستفراخ، وإما لحمل الكتب إلى البلاد، وإما للأنسة بأصواتها، فيكون على عدالته وقبول شهادته.

وروى عبادة بن الصامت أن رجلاً شكا إلى رسول الله ﷺ الوحدة فقال: «اتَّخِذْ زَوْجَاً مِنْ حَمَامٍ».

ولأنها تسمد كما تسمد المواشي.

والضرب الثالث: ما اختلف في رد الشهادة به.

وهو أن يتخذه للمسابقة به وفيه وجهان، بناء على ما قدمناه من اختلاف الوجهين في قوله: «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ».

فإن جعل في أحد الوجهين أصلاً، قيس عليه إباحة السبق بالحمام، فلم يخرج به من العدالة ولم ترد به الشهادة.

وإن جعل في الوجه الثاني، استثناء من جملة محظور لم يقص عليه السبق بالحمام. فخرج به من العدالة وردت به الشهادة.

فإن اقترن به بعوض كان حراماً، وإن تجرد عن العوض كان سفهاً.

وأما قول الشافعي: واللاعب بالشطرنج والحمام أخف حالاً.

ولم يذكر ما صار به أخف حالاً منه. فقد ذكره الشافعي في الأم، وحذفه المزني اختصاراً. فقال: أخف حالاً من الاختلاف في فروع الدين.

[القول في شهادة شارب الخمر]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَنْ شَرِبَ عَصِيرَ العِنَبِ الَّذِي عُتِقَ حَتَّى سَكِرَ وَهُوَ يَعْرِفُهَا خَمْراً رُدَّتْ شَهَادَتُهُ لأَنَّ تَحْرِيمَهَا نَصٌّ».

قال الماوردي: وأما الخمر فهو عصير العنب إذا أسكر ولم تمسه نار، ولم يخالطه ماء ولا يكون خمراً إن مسته نار أو خالطه ماء.

وشربه محرم بنص القرآن، وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

فدلت الآية على تحريمه من وجهين:

أحدهما: قوله ﴿رجس من عمل الشيطان﴾ والرجس المضاف إلى الشيطان يكون رجساً بإضافته إلى الشيطان تغليظاً.

وفي «الرجس» أربعة تأويلات:

أحدها: سخط.

والثاني: شر.

والثالث: إثم.

والرابع: حرام.

وقوله ﴿من عمل الشيطان﴾ أي مما يدعو إليه الشيطان ويأمر به.

والثاني: قوله ﴿فاجتنبوه﴾ وما ورد الأمر باجتنابه حرم الإقدام عليه وفيما أراد بقوله «فاجتنبوه» تأويلان محتملان:

أحدهما: الرجس أن تفعلوه.

والثاني: الشيطان أن تطيعوه.

وقال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٣٣]. فيه تأويلان:

أحدهما: أنها الزنا خاصة. وما ظهر منها المناكح الفاسدة وما بطن السفاح الصريح.

والثاني: أن «الفواحش» جميع المعاصي. ما ظهر منها: «أفعال الجوارح وما بطن»: اعتقاد القلوب.

وفي الإثم والبغي تأويلان:

أحدهما: أن «الإثم» الخيانة في الأمور و «البغي» التعدي على النفوس.

والثاني: وهو أشهر: أن «الإثم» الخمر «والبغي» السكر. وشاهده قول الشاعر:

شَرِبْتُ الإثْمَ حَتَّى ضَلَّ عَقْلِي ... كَذَاكَ الإثْم يَذْهَبُ بِالعُقُولِ[1]

واختلف بأي هاتين الآيتين حرمت الخمر.

فالذي عليه الجمهور أنها حرمت بالآية الأولى للتصريح باسم الخمر.

وقال قوم: بل حرمت بالآية الثانية لأنها آخر آية نزلت فيه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «شَارِبُ الخَمْرِ كَعَابِدِ وَثن»[2] فجعله مقروناً بالشرك لتغليظ تحريمه. فإن شرب الخمر مستحلاً كفر به.

وإن قيل: فقد استباح قدامة بن مظعون شرب الخمر بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوا وَآمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ثُمَّ اتَّقَوا وآمَنُوا﴾ [المائدة: ٩٣].

وقد قال: قد أيقنا وآمنا فلا جُناحٌ علينا فيما شربنا، فلم ينكره أحد من الصحابة

قيل: قد أنكروا عليه ما تأوله وأبطلوه، فرجع عنه، وانعقد الإجماع على فساد شبهته، وصار من المحرمات بالنصوص المقطوع بها.

وإن شرب الخمر غير مستحل لها، كان فاسقاً مردود الشهادة قليلاً شرب منها أو كثيراً، سكر منها أو لم يسكر، لقوله النبي ﷺ: «حُرِّمَتِ الخَمْرَةُ لِعَيْنِهَا وَالسُّكْرِ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ» في رواية العراقيين والمُسْكِرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ في رواية الحجازيين.

ولا فرق بين أن يشربها صرفاً أو ممزوجة.

---

(١) البيت من شواهد البحر المحيط لم أهتد إلى قائله انظر البحر ٢/ ١٥٧.

(٢) ابن حجر في المطالب (١٧٧٧) وابن عدي في الكامل ٢/ ٧٠٣ وابن الجوزي في العلل ٢/ ١٨١ وانظر المجمع ٥/ ٧٠ وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/ ٢٥٣ وانظر الكنز (١٣١٧٦).

وشذ قوم بأن قالوا: إذا مزجها بما غلب عليها لم تحرم لقوله ﷺ: «حُرِّمَتِ الخَمْرَةُ لِعَيْنِهَا».

وهذا تأويل فاسد، لأن العين موجودة في الممزوج بها، لكن لو مزجت بالماء قبل أن تشتد ثم صارت بعد المزج مسكراً، كانت في حكم النبيذ دون الخمر، وكذلك.

لو غليت بالنار بعد إسكارها كانت خمراً لو غليت بالنار قبل إسكارها ثم أسكرت بعد غليها كانت نبيذاً ولم تكن خمراً.

[القول في بيع الخمر والعقد عليها]

فصل: وأما بيع الخمر فحرام، وبائعها فاسق، والعقد عليها باطل، وثمنها محرم.

روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لَعَنَ اللَّهُ الخَمْرَ وَلَعَنَ بَائِعَهَا» ولأن بيعها من أكل المال بالباطل.

والله تعالى يقول: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وأما اتخاذ الخمر وإمساكها فمعتبر بمقصوده، فإن قصد به أن ينقلب ويصير خلاً جاز. ولم يفسق به لأنها تحل بالانقلاب.

وإن قصد ادخارها على حالها، كان محظوراً، يفسق به، لأن إمساكها داع إلى شربها. وما دعا إلى الحرام محظور والله أعلم.

[القول في الأنبذة وشهادة شاربها]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ شَرِبَ سِوَاهَا مِنَ المُنْصِفِ أَوِ الخَلِيطَيْنِ فَهُوَ آثِمٌ وَلاَ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِلاَّ أَنْ يَسْكَرَ لأَنَّهُ عِنْدَ جَمِيعِهِمْ حَرَامٌ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن كل شراب أسكر فهو «حرام» كالخمر عندنا في تحريم ما أسكر منه وما لم يسكر. وجعل مخالفنا تحريمه مقصوراً على السكر، فأحل قليله إذا لم يسكر، وحرم فيه الكثير إذا أسكر، وقد تقدم الكلام عليه.

فجميع الأنبذة المسكرة عندنا محرمة من أي الأنواع كانت من زبيب أو تمر أو رطب أو بسر أو عسل، مطبوخة ونية.

وحرم أبو حنيفة نيها وأباح مطبوخها.

فإذا شرب نبيذاً مسكراً، فإن شرب منه ما أسكر فقد شرب حراماً في قول

الجميع، وصار به فاسقاً مردود الشهادة. وإن شرب منه ما لم يسكره فإن عاقر عليه أو تكلم بالخنا والهجر ردت شهادته.

وقال محمد بن الحسن: لو عاقر على الماء كان حراماً.

وإن لم يعاقر وشرب منه ما لم يسكر، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتقد تحريمه إما باجتهاد أو تقليد. فيفسق بشربه ويحد ولا تقبل شهادته. لإقدامه على ما يعتقده معصية فصار بإقدامه عاصياً.

والحال الثانية: أن يعتقد إباحته إما باجتهاد أو تقليد فمذهب الشافعي يكون على عدالته ويحد ولا ترد شهادته.

وقال مالك: قد فسق. فيحد وترد شهادته.

وقال المزني: لا ترد شهادته ولا يحد.

ومنعا جميعاً من اجتماع الحد وقبول الشهادة، فجعل مالك وجوب الحد مسقطاً للشهادة، وجعل المزني قبول الشهادة مسقطاً للحد، وفرق الشافعي بينهما، فأوجب الحد ولم يرد الشهادة، لأن الحد من حكم الشرب للردع عنه ورد الشهادة بالفسق بالتفسيق في حكم المعصية، والمعصية في تأويل ما اختلف أهل العلم فيه مرتفعة، فلم يمتنع اجتماع الحد وقبول الشهادة كالقاذف إذا تاب قبل الحد تقبل شهادته.

والحال الثالثة: أن شرب غير معتقد الإباحة ولا حظر، مع علمه باختلاف أهل العلم في إباحتها وحظروها، ففي فسقه ورد شهادته بعد وجوب الحد عليه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: وهو مذهب البصريين أنه فاسق مردود الشهادة، لأن ترك الاسترشاد في الشبهات تهاون في الدين فصار فسقاً.

والوجه الثاني: وهو مذهب البغداديين أنه على عدالته وقبول شهادته. لأن اعتقاد الإباحة أغلظ من الشرب، لأن من اعتقد إباحة الخمر كفر. ومن شربها ولم يعتقد إباحتها لم يكفر. فلما لم يفسق من اعتقد إباحة النبيذ وشربه، فأولى أن لا يفسق من شربه ولا يعتقد إباحته.

[القول في الأشربة التي لا تسكر وشهادة شاربها]

فصل: وأما ما لا يسكر من الأنبذة والأشربة كالفقاع والقارص فمباح لا ترد به الشهادة.

وحكي عن جعفر بن محمد وطائفة من الشيعة وربما عزي إلى أبي حنيفة أن شرب الفقاع والقارص حرام.

لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مُخَمَّرٍ خَمْرٌ»(١).

وروي أن علياً عليه السلام مر على بائع فقاع فقال: من خمار ما أوقحك.

وهذا تأويل انعقد الإجماع على خلافه ووردت السنة برده.

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كُنَّا نَنْبِذُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى غَدَائِهِ فَيَشْرَبُهُ عَلَى عَشَائِهِ، وَنَنْبِذُ لَهُ عَلَى عَشَائِهِ فَيَشْرَبُهُ عَلَى غَدَائِهِ»(٢).

وقال عمر رضي الله عنه: إنا لنأكل من هذه الأطعمة الغليظة ونشرب عليها من هذه الأنبذة الشديدة فنقطعها في أجوافنا. يعني قبل أن يسكر.

ولأن علة التحريم السكر، فما لم يسكر لم يحرم كسائر الأشربة.

والاستدلال بالخبر محمول عليه.

ولو كان الفقاع حراماً عند علي عليه السلام لأظهر من الإنكار والمنع ما يجب بإظهار المنكر، ولما اقتصر على هذا القول مع الإقرار عليه.

وأما ما ذكره من المنصف والخليطين، فقد اختلف في صفتها على قولين:

أحدهما: أن المنصف ما طبخ حتى ذهب نصفه، والخليطان خليط البسر بالزبيب.

والثاني: أن المنصف ما ينصف من تمر وزبيب والخليطان خليط البسر بالرطب.

وإن كان هذا مسكراً فهو حرام، وإن لم يسكر ففي كراهته وجهان:

أحدهما: لا يكره كما لا تكره سائر الأشربة التي لا تسكر.

والوجه الثاني: أنه يكره وإن لم يكره غيرها. لورود الشرع بالنهي عنها.

والفرق بينهما وبين غيرها من وجهين:

أحدهما: إسراع الإدراك إليها قبل غيرها.

---

(١) أبو داود في السنن (٣٦٨٠) وانظر الدر المنثور ٣/ ٣٦٦.

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٥٨٩ (٧٩/ ٢٠٠٤).

والثاني: إسكارها مع بقاء حلاوتها، وإسكار غيرها مع حدوث مرارتها. ولا ترد شهادة شاربها كرهت أم لم تكره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَكْرَهُ اللَّعِبَ بِالنَّرْدِ لِلْخَبَرِ».

قال الماوردي: اختلف أهل العلم في النرد فحرمها مالك وفسق اللاعب بها وأحلها الحسن البصري ولم يفسق اللاعب بها إذا حافظ على عبادته ومروءته.

ولا يختلف مذهب الشافعي أن النرد أغلظ في المنع من الشطرنج وصرح فيها بالكراهة واختلف أصحابه هل هي كراهة تحريم أم كراهة تنزيه؟

فذهب بعضهم إلى أنها كراهة تنزيه وتغليظ، ترد به الشهادة وإن لم تحرم.

وذهب أكثرهم، وهو الصحيح إلى أنها كراهة تحريم توجب فسق اللاعب بها ورد شهادته.

وروى مالك بن أنس عن موسى بن ميسرة عن سعيد بن أبي هند عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ».

وروي عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدَ شِيرِ فَكَأَنَّمَا يَغْمِسُ يَدَهُ فِي لَحْمِ الخِنْزِيرِ وَدَمِهِ»[1].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ يَقْلِبُ كِعَابُهَا أَحَدٌ يَنْتَظِرُ مَا يَأْتِي بِهِ إِلاَّ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»[2].

فصار فرق ما بين النرد والشطرنج في الحكم، أن الشطرنج لا يحرم، وفي كراهته وجهان والنرد مكروهة وفي تحريمها وجهان، والشطرنج لا ترد به الشهادة إذا خلصت وترد بالنرد وإن خلص.

والفرق بينهما في المعنى: أن الشطرنج موضوعة لصحة الفكر وصواب التدبير ونظام السياسة، فهي صادرة إن ظهر فيها عن حذقة.

والنرد موضوعة إلى ما يأتي به من كعابها وفصوصها، فهو كالأزلام.

وقيل: إنها موضوعة على البروج الاثنى عشر. والكواكب السبعة، لأن بيوتها اثنا عشر كالبروج ويقطعها من جانبي الفص سبعة، كالكواكب السبعة. فعدل بها عن حكم الشرع إلى تدبير الكواكب والبروج.

---

(١) أخرجه أحمد ٥/ ٣٥٢ وأبو داود (٤٠٣٩) وابن أبي شيبة (٨/٥٤٧) وابن ماجه (٣٧٦٣).

(٢) أخرجه أحمد ٤/ ٤٠٧ والبيهقي ١٠/ ٢١٥.

وهكذا اللعب بالأربعة عشر، المفوضة إلى الكعاب، وما ضاهاها، في حكم النرد في التحريم.

وأما اللعب بالخاتم فهو حدسي لا ترد به الشهادة.

[القول في شهادة أهل الغناء]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنهُ: «وَإِنْ كَانَ يُدِيمُ الغِنَاءَ وَيَغْشَاهُ المَغْنُونُ مُعْلِناً فَهَذَا سَفَهٌ تَرَدُّ بِهِ شَهَادَتُهُ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَقِلُّ لَمْ تُرَدَّ».

قال الماوردي: والكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الغناء.

والثاني: في أصوات الملاهي.

وأما الغناء، فمن الصوت، ممدود ومن المال مقصور، كالهواء وهو من الجو ممدود ومن هوى النفس مقصور.

كتب إلي أخي من البصرة وقد اشتد شوقه للقائي ببغداد شعراً قال فيه:

طِيبُ الهَوَاءِ بِبَغْدَادٍ يُشَوِّقُنِي ... قِدْمَاً إِلَيْهَا وَإِنْ عَاقَتْ مَقَادِيرُ
فَكَيْفَ صَبْرِي عَنْهَا الآنَ إِذْ جَمَعَتْ ... طِيبَ الهَوَاءَيْنِ مَمْدُودٌ وَمَقْصُورُ[١]

اختلف أهل العلم في إباحة الغناء وحظره، فأباحه أكثر أهل الحجاز وحظره أكثر أهل العراق.

وكرهه الشافعي وأبو حنيفة ومالك في أصح ما نقل عنهم، فلم يبيحوه على الإطلاق ولم يحظروه على الإطلاق، فتوسطوا فيه بالكراهة بين الحظر والإباحة.

واستدل من أباحه، بما روي عن النبي ﷺ أنه مر بجارية لحسان بن ثابت تغني وهي تقول:

هَلْ عَلَيَّ وَيحكمَا ... إنْ لَهَوْتُ مِنْ حَرَجِ

فقال رسول الله ﷺ: «لَا حَرَجَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ»[٢].

---

(١) انظرهما في تاريخ بغداد ١/ ٥٤ ووفيات الأعيان ٣/ ٢٨٣.

(٢) أخرجه أبو نعيم وفي إسناده متروك الفوائد المجموعة ص (٢٥٥) وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ١١٦ والسيوطي في اللالىء ٢/ ١١٢.

وروى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال: أمزمور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «دَعْهُمَا فإنَّهَا أَيَّامُ عِيدٍ»[1].

وقال عمر رضي الله عنه: «الغناء زاد المسافر»[2].

وكان لعثمان جاريتان تغنيان في الليل، فإذا جاء وقت السحر قال: أمسكا فهذا وقت الاستغفار، وقام إلى صلاته[3].

ولأنه لم يزل أهل الحجاز يترخصون فيه ويكثرون منه، وهم في عصر الصحابة وجلة الفقهاء. فلا ينكرونه عليهم ولا يمنعونهم منه إلا في إحدى حالتين:

إما في الانقطاع إليه، أو الإكثار منه. كالذي حكي أن عبد الله بن جعفر كان منقطعاً إليه ومكثراً منه، حتى بدد فيه أمواله، فبلغ ذلك معاوية فقال لعمرو بن العاص: قم بنا إليه، فقد غلب هواه على شرفه ومروءته، فلما استأذنا عليه وعنده جواريه، يغنين فأمرهن بالسكوت، وأذن لهما في الدخول، فلما استقر بهما الجلوس قال معاوية: يا عبد الله، مرهن يرجعن إلى ما كُنَّ عليه. فرجعن يغنين، فطرب معاوية حتى حرك رجليه على السرير، فقال عمرو: إن من جئت تلحاه أحسن حالاً منك فقال معاوية: إليك عني يا عمرو، فإن الكريم طروب[4].

وأما أن يكون في الغناء ما يكره كالذي روي عن سفيان بن عيينة، وقد عاد ابن جامع إلى مكة بأموال جمة حملها من العراق فقال لأصحابه: علام لعطاء ابن جامع هذه الأموال؟ فقالوا: على الغناء، قال: «ابن جامع ماذا يقول فيه»؟ قالوا: يقول:

أَطُوفُ بِالبَيْتِ مَعَ مَنْ يَطُوفُ ... وَأَرْفَعُ مِنْ مِئْزَرِ السبلِ

قالَ: هي السنة. ثم ماذا يقول؟ قالوا:

وَأَسْجُدُ بِاللَّيْلِ حَتَّى الصَّبَاحِ ... وَأَتْلُوا مِنَ المُحْكَمِ المُنَزَّلِ

قال: أحسن وأصلح ثم ماذا؟ قالوا:

عَسَى فَارِجُ الهَمِّ عَنْ يُوسُفٍ ... يُسَخِّرُ لِي رَبَّهُ المَحْمَلِ

قال: أفسد الخبيث ما أصلح لا سخر الله له[5].

---

(١) أخرجه البخاري ١/ ٤٤٥ (٩٥٢، ٩٨٧) ومسلم ٣/ ٦٠٧ (١٦ ـ ١٧/ ٨٩٢).

(٢) البيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٦٨.

(٣) قال الحافظ في التلخيص ٤/ ٢٠٦ لم أجده موصولاً.

(٤) الأغاني ٨/ ٣٢٤.

(٥) الأغاني ٦/ ٢٩٣.

واستدل من حظره بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ لاَ يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢]. وفيه أربعة تأويلات: ـ

أحدها: الغناء. قاله مجاهد.

والثاني: أعياد أهل الذمة. قاله ابن سيرين.

والثالث: الكذب. قاله ابن جريج.

والرابع: الشرك، قاله الضحاك رحمه الله.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً﴾ [الفرقان: ٧٢]. وفيه ثلاث تأويلات:

أحدها: إذا ذكروا الفروج والنكاح كنوا عنها.

والثاني: إذا مروا بالمعاصي أنكروها قاله الحسن.

والثالث: إذا مروا بأهل المشركين أنكروه قاله عبد الرحمن بن زيد.

وقاله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] الآية. وفي لهو أربعة تأويلات:

أحدها: أنه الغناء، قاله ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وسعيد بن جبير وقتادة.

والثاني: أنه شراء المغنيات.

وروى القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قالَ: «لاَ يَحِلُّ بَيْعُ المُغْنِيَاتِ وَلاَ شِرَاؤُهُنَّ وَلاَ التِّجَارَاتُ فِيهِنَّ وَأَثْمَانُهُنَّ حَرَامٌ وَفِيهِنَّ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ»(١).

والثالث: أنه شراء الطبل والمزمار، قاله عبد الكريم.

والرابع: أنه ما ألهى عن الله تعالى، قاله الحسن.

وفي قوله تعالى: ﴿لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [لقمان: ٦] تأويلان:

أحدهما: ليمنع من قراءة القرآن، قاله ابن عباس.

والثاني: ليصد عن سبيل الله. حكاه الطبري.

وفي قوله ﴿بغير علم﴾: تأويلان.

---

(١) أخرجه أحمد ٥/ ٢٥٢ والطبراني في الكبير ٨/ ٢١٢ والبيهقي ٦/ ١٥ وانظر المجمع ٦/ ٢٥٣.

أحدهما: بغير حجة.

والثاني: بغير رواية.

وفي قوله تعالى: ﴿وَيَتَّخِذَهَا هُزُواً﴾ [لقمان: ٦] تأويلان:

أحدهما: تكذيباً.

والثاني: استهزاءً بها.

ومن السنة ما رواه ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «الغِنَاءُ يُنْبِتُ النِّفَاقَ فِي الْقَلْبِ كَمَا يُنْبِتُ المَاءُ البَقْلَ»[1].

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الغِنَاءُ نَهِيقُ الشَّيْطَانِ».

وقال ﷺ: «أَنْهَاكُمْ عَنْ صَوْتَيْنِ فَاجِرَيْنِ الغِنَاءُ والنِيَاحَةُ»[2].

وقال بعض السلف: الغناء رقية الزنا[3].

وإذا تقابل بما ذكرنا، دلائل الحظر والإباحة، يخرج منها حكم الكراهة. فلم يحكم بإباحته، لما قابله من دلائل الحظر والإباحة ولم نحكم بحظره لما قابله من دلائل الإباحة. «فصار يتردده بينهما مكروهاً غير مباح ولا محظور».

وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن الغناء: أحلال هو؟ قال: لا قال: أحرام هو؟ قال: «لا»[4] يريد أنه مكروه لتوسطه بين الحلال والحرام. والله أعلم.

[القول في الملاهي]

فصل: وأما الملاهي فعلى ثلاثة أضرب: حرام، ومكروه، وحلال.

فأما الحرام: فالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار وما ألهي بصوت مطرب إذا انفرد.

وروى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَى أُمَّتِي الخَمْرَ وَالمَيْسِرَ وَالمِزْرَ والكَوْبَةَ وَالمَزَامِيرَ وَالقِنِّينَ».

فالميسر القمار، والمزر نبيذ الذرة، والكوبة الطبل. والقنين البريط. ولأنها تلهي عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة كالشراب.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٠/٢٢٣ وانظر التلخيص ٤/١٩٩.

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٠٥).

(٣) قال القاري في الموضوعات هو من كلام الفضيل بن عياض رضي الله عنه كشف الخفاء ٢/١٠٦.

(٤) انظر السنن الكبرى ١٠/٢٢٣.

وكان بعض أصحابنا يخص العود من بينها ولا يحرمه، لأنه موضوع على حركات نفسانية تنفي الهم، وتقوي الهمة وتزيد في النشاط.

وهذا لا وجه له، لأنه أكثر الملاهي طرباً، وأشغلها عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة. وإن تميز به الأماثل عن الأراذل.

وأما المكروه: فما زاد به الغناء طرباً، ولم يكن بانفراده مطرباً. كالفسح، والقضيب. فيكره مع الغناء لزيادة إطرابه. ولا يكره إذا انفرد لعدم إطرابه.

وأما المباح: فما خرج عن آلة الإطراب. إما إلى إنذار كالبوق، وطبل الحرب. أو لمجمع وإعلان كالدف في النكاح، كما قال صلوات الله عليه وسلامه: «أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفِّ».

واختلف أصحابنا هل ضرب الدف على النكاح عام في كل البلدان والأزمان؟ فعم بعضهم لإطلاقه وخص بعضهم في البلدان التي لا يتناكر أهلها في المناكح. كالقرى والبوادي ويكره في غيرها، في مثل زماننا، لأنه قد عدل به إلى السخف والسفاهة.

فأما الشبابة: فهي في الأمصار مكروهة، لأنها مستعملة فيها للسخف والسفاهة وهي في الأسفار والرعاة مباحة، لأنها تحث على السير وتجمع البهائم إذا سرحت.

فصل: فإذا تقرر أحكام الأغاني والملاهي، فإن قيل بتحريمها فهي من الصغائر دون الكبائر يفتقر إلى الاستغفار، ولا ترد بها الشهادة إلا مع الإصرار.

وإن قيل بكراهتها، فهي من الخلاعة لا يفتقر إلى الاستغفار ولا ترد بها الشهادة إلا مع الإصرار، وإن كان كذلك فالكلام فيها يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: فيمن باشرها بنفسه.

والثاني: فيمن يستعملها للهوه.

والثالث: فيمن يغشى أهلها.

فأما المباشر لها بنفسه فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصير منسوباً إليها ومسمى بها، يقال إنه مغني يأخذ على غنائه أجراً، يدعوه الناس إلى دورهم أو يغشونه لذلك في داره، فهذا سفيه مردود الشهادة، لأنه قد تعرض لأخبث المكاسب ونسب إلى أقبح الأسماء.

والحال الثانية: أن يغني لنفسه إذا خلا في داره باليسر استرواحاً فهذا مقبول الشهادة وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا خلا في داره يترنم بالبيت والبيتين:

واستؤذن عليه ذات يوم لعبد الرحمن بن عوف وهو يترنم. فقال: أسمعتني يا عبد الرحمن؟ فقال: نعم. قال: إنَّا إذا خلونا في منازلنا نقول كما يقول الناس[١].

وروي عن أبي الدرداء، وكان من زهاد الصحابة أنه قال: إني لأجم قلبي بشيء من الباطل لأستعين به على الحق.

فإن قرن يسير غنائه بشيء من الملاهي مما حظرناه، نظر.

فإن خرج صوته عن داره حتى يسمع منها، كان سفها ترد به الشهادة.

وإن خافت به ولم يسمع، كان عفواً إذا قل ولا ترد به الشهادة.

والحال الثالثة: أن يغني إذا اجتمع مع إخوته ليستروحوا بصوته وليس بمنقطع عليه. ولا يأخذ عليه أجراً نظر:

فإن كان مشهوراً به يدعوه الناس لأجله. كان سفهاً ترد به الشهادة، وإن لم يشتهر به، ولا دعا الناس لأجله، نظر.

فإن كان متظاهراً به معلناً له، ردت شهادته. وإن كان مستتراً به، لم ترد شهادته والله أعلم.

[القول في شهادة مستمع الغناء]

فصل: وأما مستمع الغناء. فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصير منقطعاً إليه، يدفع عليه حذراً ويتبع فيه أهل الخُدُور فهذا سفيه مردود الشهادة.

والحال الثانية: أن يقل استماعه، ويسمعه أحياناً في خلوته استرواحاً به فهو على عدالته وقبول شهادته إذا لم يقصد الاستماع غناء امرأة غير ذات محرم.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «رَوِّحُوا القُلُوبَ تَعِي الذِّكْرَ»[٢].

والحال الثالثة: أن يتوسط بين المكثر والمقل نظر.

فإن اشتهر به وانقطع به عن أشغاله، صار سفهياً مردود الشهادة، وإن لم يشتهر به ولا قطعه عن أشغاله، فهو على عدالته وقبول شهادته.

فصل: وأما مقتني المغنيين والمغنيات من الغلمان والجواري فله ثلاثة أحوال:

---

(١) غريب انظر خلاصة البدر المنير ٢/٤٤٨.

(٢) لم أظفر به في مظانة وانظر كف الرعاع لابن حجر الهيثمي ص ٣٢٠.

أحدها: أن يكون جليساً لهم، ومقصوداً لأجلهم، فهذا سفيه مردود الشهادة وحاله في الجواري أغلظ من حاله في الغلمان.

قال الشافعي: «لأنه قد جمع سفهاً ودناءة».

والحال الثانية: أن يقتني ذلك لنفسه ليستمع غناءهم إذا خلا، مقبلاً مستتراً، غير مكاثر ولا مجاهر. فهو على عدالته وقبول شهادته.

والحال الثالثة: أن يدعو من يشاركه في سماعهم فينظر:

فإن كان يدعوهم من لأجل السماع، ردت شهادته.

وإن دعاهم لغير الغناء، نظر.

فإن كثر حتى اشتهر، ردت شهادته، وإن قل ولم يشتهر، فإن كان الغناء من غلام، لم ترد شهادته، وإن كان الغناء من جارية نظر، فإن كانت حرة ردت شهادته وشهادة مستمعها إذا اعتمد المستمع سماعها، وإن لم يعتمد لم ترد شهادته وإن كانت أمة فسماعها أخف من سماع الحرة. لنقصها في العورة وأغلظ من سماع الغلام لزيادتها في العورة فيحتمل أن يغلب نقصها عن الحرة وإجرائها مجرى الغلام. فلا ترد بها الشهادة، ويحتمل أن يغلب زيادتها على الغلام وإجرائها مجرى الحرة فترد بها الشهادة والله أعلم.

[القول في شهادة الحادي والراجز]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا الاسْتِمَاعُ لِلْحُدَاءِ وَنَشِيدِ الأَعْرَابِ فَلَا بَأْسَ بِهِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلشَّرِيدِ «أَمَعَكَ مِنْ شِعْرِ أُمَيَّةَ شَيْءٌ؟» قَالَ نَعَمْ قَالَ «هِيهِ» فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتاً فَقَالَ «هِيهِ» حَتَّى بَلَغْتُ مِائَةَ بَيْتٍ وَسَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الحُدَاءَ وَالرَّجَزَ وَقَالَ لِابْنِ رَوَاحَةَ «حَرِّكْ بِالقَوْمِ» فَانْدَفَعَ يُرْجِزُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ سَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ كَانَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ يَلْعَبُ بِالشِّطْرَنْجِ اسْتِدْبَاراً فَقُلْتُ لَهُ كَيْفَ يَلْعَبُ بِهَا اسْتِدْبَاراً؟ قَالَ يُوَلِّيهَا ظَهْرَهُ ثُمَّ يَقُولُ: «بِأَيِّ شَيْءٍ وَقَعَ» فَيَقُولُ بِكَذَا فَيَقُولُ أَوْقِعْ عَلَيْهِ بِكَذَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا بأس بالحداء ونشيد الأعراب، والشعر، والرجز، وهو مباح لا كراهة فيه.

وروى ابن مسعود قال: كان مع رسول الله ﷺ ليلة نام بالوادي حاديان[1].

وروى أنس بن مالك عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنا في سفر مع

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير المجمع ١/٣٢٧.

رسول الله ﷺ وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء، فكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء، فقال النبي ﷺ لعبد الله بن رواحة: «حَرِّكْ بِالْقَوْمِ». فاندفع يرتجز وتبعه أنجشة فأعنقت الإبل في السير فقال النبي ﷺ: «رُوَيْدَكَ يَا أَنْجَشَةُ رِفْقاً بِالقَوارِيرِ»(١) يعني النساء.

وروى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: أردفني رسول الله ﷺ ثم قال «أَمَعَكَ مِنْ شِعْرِ أُمَيَّةَ بْنِ أَبِي الصَّلْتِ شَيْء قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ: فَأَنْشَدْتُهُ بَيْتاً فَقَالَ: هِيه. فَأَنْشَدتهُ بَيْتاً آخَرَ. فَقَالَ: هِيهِ. فَأَنْشَدْتهُ إلى أَنْ بَلَغَ مائَةَ بَيْتٍ»(٢).

«وهيه» موضوعة في الكلام للحث والاستزادة، وإنما استحسن شعر أمية لأن أكثره عبر وأمثال، وأذكار بالبعث والنشور ووعد ووعيد بالجنة والنار.

وروي أنه ﷺ قال فيه: «إِنْ كَادَ لَيُسْلِمَ».

وروي عن النبي ﷺ أنه لقي في سفر ركباً من بني تميم معهم حاد فأمرهم أن يحدوا، فقالوا: إن حادينا حدا ونام من آخر الليل. ثم قالوا: يا رسول الله، إنا أول العرب حداء بالإبل. قال: وكيف ذلك؟ قال: إن العرب كانت تغير بعضها على بعض، فأغار رجل منا على إبل فاستاقها فتبددت. فضرب غلامه على يده، فكان الغلام كلما ضربه صاح وايداه! وايداه! والإبل تجتمع لحسن صوته. وهو يقول: هكذا أفعل. والنبي ﷺ يضحك. فقال: ومِمَّنْ أَنْتُمْ؟ قالوا: من مضر فقال: «وَنَحْنُ مِنْ مُضَرَ فكيف كُنْتُمْ أَوَّلَ العَرَبِ حَدَاءً».

فدل هذا الخبر على إنشاد الرجز وإباحة الحداء، وجواز الضحك عند التعجب ولأن الحداء غير مقصود به اللهو كالغناء، وإنما يقصد به حث المطي وإعناق السير. فلم تتوجه إليه كراهية.

ولأن الحداء الحسن الرجز فيباح بالصوت الشجمي. فيخفف كلال السفر، ويحدث نشاط النفس، فلم يكن له في الكراهة وجه. وسواء فيه الحادي والمستمع.

وهكذا التغني بالركانية مباح، لأنه ضرب من الحداء، يعدل فيه عن ألحان الغناء.

وروي أن رسول الله ﷺ لما هاجر إلى المدينة، استقبله الأنصار وخرج إليه الفتيان بالدفوف وهم ينشدون:

---

(١) أخرجه البخاري ٨/ ٥٨ ومسلم في كتاب فضائل الصحابة باب ١٨ (٧٣) وأحمد ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ١٠/ ٢٢٧ وابن سعد ٨/ ١٣٥ وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/ ١٤٣ وخبر ابن رواحة أخرجه النسائي في عمل اليوم والليلة (٥٣٢) وفضائل الصحابة (١٤٧) وابن سعد ٣/ ٥٢٧.

(٢) أخرجه مسلم (٢٢٥٥).

طَلَــــعَ البَــــدْرُ عَلَيْنَــــا مِــــنْ ثَنِيَّــــاتِ الــــوَدَاعِ
وَجَــــبَ الشُّكْــــرُ عَلَيْنَــــا مَــــا دَعَــــا لِلَّــــهِ دَاعِ

ومر رسول الله ﷺ ببعض أزقة المدينة فسمع جواري لبني النجار ينشدون:

نَحْــــنُ جَــــوَارٍ لِبَنِــــي النَّجَّــــارِ يَــــا حَبَّــــذَا مُحَمَّــــدٌ مِــــنْ جَــــارِ

فقال: «يَا حَبَّذَا أَنْتُنَّ»(١).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ هَكَذَا كَانَ تَحسِينُ الصَّوْتِ بِذِكْرِ اللَّهِ وَالقُرْآنِ أَوْلَى مَحْبُوباً (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «مَا أَذِنَ اللَّهُ لِشَيْءٍ كَإِذْنِهِ لِنَبِيٍّ حَسَنِ التَّرَنُّمِ بِالقُرْآنِ» وَسَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ قَيْسٍ يَقْرَأُ فَقَالَ «لَقَدْ أُوتِيَ هَذَا مِنْ مَزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ» (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ لاَ بَأْسَ بِالقِرَاءَةِ بِالأَلْحَانِ وَتَحْسِينِ الصَّوْتِ بِأَيِّ وَجْهٍ مَا كَانَ وَأَحَبُّ مَا يُقْرَأُ إِلَيَّ حَدْراً وَتَحزِيناً (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ سَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ لَوْ كَانَ مَعْنَى يَتَغَنَّى بِالقُرْآنِ عَلَى الاِسْتِغْنَاءِ لَكَانَ يَتَغَانَى وَتَحْسِينُ الصَّوْتِ هُوَ يَتَغَنَّى وَلَكِنَّهُ يُرَادُ بِهِ تَحْسِينُ الصَّوْتِ».

قال الماوردي: أما تحسين الصوت بالقرآن حدراً وتحزيناً فمستحب، لما رواه الشافعي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «مَا أَذِنَ اللَّهُ لِشَيْءٍ كَإِذْنِهِ لِنَبِيٍّ حَسَنِ التَّرَنُّمِ بِالقُرْآنِ»(١) وروي «حسن الصَّوْتِ بِالقُرْآنِ [زينة القرآن]»(٣).

ومعنى قوله أذن الله أي ما استمع الله. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَذِنَتْ لِرَبِّهَا وَحُقَّتْ﴾ [الانشقاق: ٢] أي سمعت له وحق لها أن تسمع.

وروى البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه قال: «حَسِّنُوا القُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ»(٤).

وروي الزهري عن عمرة عن عائشة أن النبي ﷺ سمع قراءة أبي موسى فقال: «لَقَدْ أُوتِيَ هَذَا مِنَ مَزَامِيرِ آلِ داود»(٥).

---

(١) أخرجه بنحوه ابن ماجه ١/ ٦١٢ والبيهقي في الدلائل ٢/ ٢٣٤.

(٢) أخرجه البخاري ٦/٢٣٦ ومسلم في صلاة المسافرين (٣٤) رقم (٢٣٢) وأبو داود (١٤٧٣) والنسائي ٢/ ١٨١ والبيهقي ٢/ ٥٤.

(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل ٦/٢٠٦٨ وله شواهد أخرى.

(٤) الدارمي ٢/ ٤٧٤ وبلفظ زينوا أخرجه أبو داود (١٤٦٨) والنسائي (٢/ ١٨٠) وابن ماجه (١٣٤٢) وأحمد (٤/ ٢٨٣) والدارمي (٢/ ٤٧٤) وابن أبي شيبة (٢/ ٥٢٢) وابن خزيمة (١٥٥١).

(٥) أخرجه البخاري (٥٠٤٨) ومسلم (٧٩٣).

وروي عن أبي موسى قال: قال رسول الله ﷺ: «لَوْ رَأَيْتَنِي وَأَنَا أَسْمَعُ قِرَاءَتَكَ» فقلت: يا رسول الله، لو علمت أنك تسمعني لحبرته تحبيراً(١)

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَرَادَ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ غَضًّا كَمَا أُنْزِلَ فَلْيَقْرَأْ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدٍ»(٢) يعني [عبد الله] بن مسعود لحسن أدائه وصحة ترتيله وتحقيق ألفاظه.

وكان أبي بن كعب ذا صوت حسن وأداء صحيح، فقال له النبي ﷺ: «لَقَدْ أُمِرْتُ أَنْ أَقْرَأَ عَلَيْكَ، فَقَرَأَ عَلَيْهِ»(٣).

واختلف أهل العلم في قراءته عليه.

فقال بعضهم: ليستن به الناس بعده فلا يستنكف شريف أن يقرأ على مشروف ولا كبير على صغير.

وقال آخرون: ليسمع الناس قراءته وأداه فيأخذون عنه.

وقال آخرون: أراد به تفضيل أبي بذلك، ولأن في تحسين الصوت بالقرآن تحريك القلوب الحزن والخشوع، وإنذار النفوس بالحزن والخضوع فيكون أبعث على الطاعة وأمنع من المعصية.

وروي أن النبي ﷺ قرأ ذات ليلة في تهجده سورة النساء حتى إذا بلغ إلى قوله [تعالى]: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيدًا﴾ [النساء: ٤١] فبكى حتى علا نحيبه، ولم يزل يرددها حتى تحزن صوته.

ومر بعض أهل البطالة، وقد هم بمعصية وقتل نفس، بصالح المري وهو يقرأ ﴿وَقَدِمْنَا إِلَى مَا عَمِلُوا مِنْ عَمَلٍ فَجَعَلْنَاهُ هَبَاءً مَنْثُوراً﴾ [الفرقان: ٢٣] فانزجر بها وألقى السكين من يده وخر مغشياً على وجهه وتاب وصار ناسكاً.

[القول في قراءة القرآن بالألحان]

فصل: فأما القراءة بالألحان الموضوعة للأغاني فقد اختلف الناس فيها. فرخصها قوم، وأباحوها لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بِالْقُرْآنِ»(٤).

---

(١) اخرجه مسلم في صلاة المسافرين باب ٣٤ رقم (٢٣٦) والبيهقي ٣/ ١٢.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٧، ١/ ٢٦، ١/ ٣٨ وابن ماجه ١/ ٤٩ (١٣٨) وأخرجه من طريق ضعيف العقيلي في الضعفاء ١/ ١٩٨ وانظر إتحاف السادة ٤/ ٤٩٨.

(٣) أخرجه ٤/ ١٩١٥ (١٢١/ ٧٩٩).

(٤) أخرجه البخاري (٧٥٢٧).

وشددها آخرون وحظروها، لخروجها عن الزجر والعظة إلى اللهو والطرب. ولأنها خارجة عن عرف الرسول ﷺ وصحابته رضوان الله عليهم إلى ما استحدث من بعده.

وقد قال ﷺ: «كُل مُحَدَثَةٍ بِدْعَةٌ وَكُلُّ بِدْعَةٍ ضَلاَلَةٌ وَكُلُّ ضَلاَلَةٍ فِي النَّارِ»[1].

وأما الشافعي فإنه عدل عن هذين الإطلاقين في الحظر والإباحة باعتبار الألحان، فإذا أخرجت ألفاظ القرآن لمن صيغته، بإدخال حركات فيه وإخراج حركات منه، يقصد بها وزن الكلام وانتظام اللحن، أو مد مقصور، أو قصر ممدود، أو مطط حتى خفي اللفظ، والتبس المعنى، فهذا محظور يفسق به القارىء ويأثم به المستمع، لأنه قد عدل به عن نهجه إلى اعوجاجه، والله تعالى يقول: ﴿قُرْآنًا عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِي عِوَجٍ﴾ [الزمر: ٢٨].

وإن لم يخرجه اللحن عن صيغة لفظه وقراءته على ترتيله كان مباحاً، لأنه قد زاد بألحانه في تحسينه وميل النفس إلى سماعه.

أما قوله: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يتغَـنَّ بِالْقُرْآنِ» ففيه تأويلان:

أحدهما: معناه من لم يستغن بالقرآن وهذا قول الأصمعي ومال إليه الشافعي.

وحكى زهير بن أبي هند عن إياس بن معاوية المزني أنه نظر إلى رجل يتغنى بالقرآن، فقال: يا هذا إن كنت لا بد متغنياً فبالشعر، فقال الرجل: أليس النبي ﷺ يقول: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بِالْقُرْآنِ»، فقال له إياس: إنما أراد [النبي ﷺ]، ليس منا من لم يستغني بالقرآن، ألم تسمع حديثه الآخر «مَنْ حَفِظَ القُرْآنِ فَظَنَّ أَنَّ أَحَدَاً أَغْنَى مِنْهُ»[2]. أما سمعت قول الشاعر:

غَنِينَـا بِـذِكْـرِ اللَّـهِ عَمَّـا   نَـرَاهُ فِـي يَـدِ الْمُتَمَـوِلِّيْنَـا

والتأويل الثاني: أنه محمول على غناء الصوت في تحسينه وتحزينه دون ألحانه. وهذا قول أبي عبيد وأنكر على من حمله على الاستغناء وقال: لو أراد هذا لقال: «من لم يتغانى بالقرآن».

---

(١) أحمد ٤/ ١٢٦ وابن أبي عاصم ١٩/١ والطبراني ٢٤٦/١٨.
(٢) انظر تذكرة الموضوعات (٧٧).

[القول في شهادة أهل العصبية]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ مِنَ العَصَبِيَّة أَنْ يُحِبَّ الرَّجُلُ قَوْمَهُ وَالعَصَبِيَّةُ المَحْضَةُ أَنْ يَبْغَضَ الرَّجُلَ لأَنَّهُ مِنْ بَنِي فُلاَنٍ فَإِذَا أَظْهَرَهَا وَدَعَا إِلَيْهَا وَتَأَلَّفَ عَلَيْهَا فَمَرْدُودٌ وَقَدْ جَمَعَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى المُسْلِمِيْنَ بِالإِسْلاَمِ وَهُوَ أَشْرَفُ أَنْسَابِهِمْ فَقَالَ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿إِنَّمَا المُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «كُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَاناً» فَمَنْ خَالَفَ أَمْرَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَمْرَ رَسُولِهِ ﷺ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ».

قال الماوردي: وقد أمر الله تعالى المسلمين بالألفة والتناصر، ونهاهم عن التقاطع والتدابر. وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [التوبة: ٧١].

وقال النبي ﷺ: «أُمَّتِي كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضاً»[١] وقال فيما نهاهم عنه من التقاطع: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلاَ تَفَرَّقُوا﴾ [آل عمران: ١٠٣].

وقال النبي ﷺ «لاَ تَحَاسَدُوا وَلاَ تَقَاطَعُوا وَلاَ تَدَابَرُوا وَلاَ تَبَاغَضُوا وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَاناً، لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاَثٍ، وَالسَّابِقُ أَسْبَقُهُمَا إِلَى الجَنَّةِ»[٢].

فكان هذا أصلاً في الدين، ليكونوا يداً على من خالفهم فيه، ولذلك قال النبي ﷺ: «المُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ».

ويشتمل الكلام في هذا الفصل على أربعة فصول:

أحدها: في المحبة.

والثاني: فيما يفضي إليه من المعصية.

والثالث: في البغض.

والرابع: فيما يفضي إليه من العداوة.

فأما الفصل الأول: في المحبة.

ونتحدث عن أسباب يكون بعضها مستحباً وبعضها مباحاً وبعضها مكروهاً.

---

(١) أخرجه البخاري ١/ ١٢٩، ٣/ ١٦٩، ٨/ ١٤، ومسلم في كتاب البروالصلة (٦٥) وأحمد ٤/ ٤٠٤ والترمذي (١٩٢٨).

(٢) أخرجه مسلم في البر والصلة باب ٧ (٢٣) والبيهقي ٧/ ٣٠٢ وابن ماجه (٣٨٤٩) =

فأما المستحب: فهو المحبة في الدين وظهور الخير وما قرب من طاعة الله تعالى وباعد من معاصيه.

قال الله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١١٠].

ولذلك آخى رسول الله ﷺ بين أصحابه من المهاجرين والأنصار.

فأما المباح: فهو المحبة على النسب وعلى التجانس في علم أو أدب وعلى ما أبيح من صناعة أو مكسب، فهذا مباح تقوى به العدالة ولا تضعف به ولهذا النوع أراد الشافعي بقوله: «وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه».

هذا رسول الله ﷺ وهو أعدل خلق الله، وقد أحب قريشاً لنسبه فيهم حتى خصهم بخلافته فقال: «الأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ»(١).

وقال ﷺ: «قَدِّمُوا قُرَيْشاً وَلاَ تَتَقَدَّمُوهَا وَتَعَلَّمُوا مِنْ قُرَيْشٍ وَلاَ تُعَالِمُوهَا»(٢).

وحمى لهم لما عادوا إلى المدينة من بدر ومعه من الأنصار سلامة بن وقش وقد سأله بعض أهل المدينة عمن لقيهم من المشركين ببدر، فقال سلامة: وهل لقينا إلا عجائز صلعا. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «أُولَئِكَ الْمَلأُ مِنْ قُرَيْشٍ»(٣)، فنفى عنهم العار مع كفرهم ومحاربتهم له.

وسمع شاعراً من حمير ينشده:

فإني امرؤ حميري حين ينسبني ... لا من ربيعة إياي ولا مضر

فقال ﷺ: «ذَاكَ أَهْوَنُ لِقَدَرِكَ وَأَبْعَدُ لَكَ مِنَ اللَّهِ» وأما المكروه: فهو المحبة على الموافقة في المعاصي. فقال ﷺ: «الْمَرْءُ مَعَ مَنْ أَحَبَّ» فصار محب العاصي كالعاصي.

= أحمد ٢/ ٢٨٨، ٣/ ١١٠، ١١٩، والحميدي (١١٨٣).

(١) أخرجه أحمد ٣/ ١٨٣، ١٢٩، ٤/ ٤٢ والطبراني في الصغير ١/ ١٥٢ وفي الكبير ١/ ١٥٢ والحاكم ٤/ ٧٦ والدولابي في الكنى ١/ ١٠٦ والبيهقي ٣/ ١٢١، ٨/ ١٤٣ وابن أبي عاصم ٢/ ٥٣١ والطيالسي كما في المنحة (٢٥٩٦، ٢٥٩٧) وابن أبي شيبة ١٢/ ١٧٠ وأبو نعيم في الحلية ٥/ ٨،٧/ ٢٤٢، ٨/ ١٣٣ وانظر التلخيص ٤/ ٤٢ والدر المنثور ٦/ ٣٩٩.

(٢) أخرجه الشافعي (١٨٤١، ١٨٤٩) وابن أبي عاصم ٢/ ٦٣٧ وانظر المجمع ١٠/ ٢٥ والخطيب في التاريخ ٢/ ٦١ وانظر التلخيص ٢/ ٣٦.

(٣) الطبراني واعله الهيثمي انظر المجمع ١٠/ ٢٣ وانظر الطبراني في الكبير ١٧/ ٨٧.

فأما المحبة لاستحسان الصور، فإن كانت لهوى يفضي إلى ريبة كرهت وإن كانت لاستحسان صنع الله تعالى وبديع خلقه لم تكره وكانت بالمستحبة أشبه.

فصل: وأما الفصل الثاني في العصبية: فهي شدة الممايلة لقوم على قوم وهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون عصبيته لهم عامة في كل حق وباطل، وعلى كل محق ومبطل، فهذا فسق ترد به الشهادة.

وقال الله تعالى: ﴿الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنْ الْمَعْرُوفِ﴾ [التوبة: ٦٧].

والضرب الثاني: أن تكون عصبيته لهم مقصورة على أخذ الحق لهم ودفع الظلم عنهم. فيكون بها على عدالته وقبول شهادته، لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال لرجل: «أَعِنْ أَخَاكَ ظَالِمَاً أَوْ مَظْلُومَاً». فقال الرجل: يا رسول الله: أُعِينُه مَظْلُوماً فَكَيْفَ أُعِينُهُ ظَالِمَاً؟ فَقَالَ: «تَرُدُّهُ عَنْ ظُلْمِهِ»[1].

ثم تعتبر هذه العصبية، فإن كانت لمحبة القوم فهي مباحة وإن كانت لنصرة الحق فهي مستحبة.

[القول في البغض]

فصل: وأما الفصل الثالث: في البغض: فهو على ثلاثة أضرب: مستحب، ومباح ومكروه.

فأما المستحب: فهو بغضه لأهل المعاصي، فيكون بغضه لهم طاعة يؤجر عليها لاختصاصه بحق الله تعالى.

وأما المباح: فهو بغضه لمن لوى حقه وتظاهر بعداوته فيكون السبب الباعث عليه من أمور الدنيا مباحاً، ولا يؤجر عليه ولا يؤثم به، وهو فيه على عدالته وقبول شهادته، ما لم يتجاوز البغض إلى غيره.

وأما المكروه: فهو بغضه لمن خالفه في نسب أو علم أو صناعة فيكون البغض لهذا السبب مكروهاً لما فيه من التقاطع.

---

(١) البخاري ٣/ ١٦٨ والترمذي (٢٢٨٢) وأحمد ٣/ ٩٩ والبيهقي ٦/ ٩٤ وأبو نعيم في الحلية ٣/ ٩٤.

فإن ألب عليه وتعصب فيه كان جرحاً ترد به الشهادة، وإن لم يتجاوز البغض إلى ما سواه كان على عدالته وقبول شهادته، لأنه قد حمى نفسه من نتائج البغض.

فأما إن كان بغضه لغير سبب، فإن كان خاصاً في واحد بعينه لم ترد به شهادته، لأنه لا يملك قلبه. وإن كان عاماً لكل أحد، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «شَرُّ النَّاس مَنْ يُبْغِضَ النَّاسَ وَيَبْغُضُونَهُ» فيكون ذلك جرحاً فيه، فترد به شهادته لخروجه عن المأمور به من الإلفة إلى المنهى عنه من التقاطع.

[القول في العداوة]

فصل: وأما الفصل الرابع: في العداوة: والفرق بين البغض والعداوة، أن البغض بالقلب، والعداوة بالعمل، ومع كل عداوة بغض وليس مع كل بغض عداوة، فصارت العداوة أغلظ من البغض، فهي على ثلاثة أضرب: مستحبة، ومباحة، ومكروهة.

فأما المستحبة: فهي في الدين، لمن خرج عن طاعة الله أو تعرض لمعاصيه. وهذا غضب لله تعالى في حقوق أوامر ونواهيه، فخرج عن حكم العداوة إلى نصرة الدين فكان أبلغ في عدالته وأولى بقبول شهادته، لأن من غضب لله في معصية غيره، كان بدفع المعصية عن نفسه أولى.

وأما المباحة: فهي في حق نفسه إذا بدىء بالعداوة فقابل عليها بما لم يتجاوز فيه حكم الشرع، فهو مستوف لحقه منه. غير قادح في عدالته، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

وشهادته مقبولة على غيره، فأما قبولها على عدوه فمعتبرة بحاله بعد المقابلة فإن سكن بعد نفوره، قبلت شهادته وإن كان على نفوره ردت.

وأما المكروهة: فهو أن يبتدىء بها من غير سبب «بوجوبها»، فيكون بها متجوزاً، فإن قرنها بفحش في قول أو فعل صار بها مجروحاً في حق الكافة. لا تقبل شهادته لأحد ولا عليه، وأن تجردت عن فحش من قول أو فعل فهو على عدالته مقبول الشهادة، على غيره ومردود الشهادة على عدوه ومقبول الشهادة لعدوه.

[القول في حكم الشعر]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالشِّعْرُ كَلامٌ فَحَسَنُهُ كَحَسَنِ الكَلَامِ وَقَبِيْحُهُ كَقَبِيْحِهِ وَفَضْلِهِ عَلَى الكَلَامِ أَنَّهُ سَائِرٌ وَإِذَا كَانَ الشَّاعِرُ لَا يُعْرَفُ بِشَتْمِ النَّاسِ

وَأَذَاهُمْ وَلاَ يَمْتَدِحُ فَيُكْثِرُ الكَذِبَ المَحْضَ وَلاَ يَتَشَبَّبُ بِامْرَأَةٍ بِعَيْنِهَا وَلاَ يُشَهِّرَهَا بِمَا يَشِينُهَا فَجَائِزُ الشَّهَادَةَ وَإِنْ كَانَ عَلَى خِلاَفِ ذَلِكَ لَمْ تَجُزْ».

قال الماوردي: واختلف الناس في شهادة الشاعر إذا صار بالشعر مشهوراً وإليه منسوباً، فمنع قوم من قبولها وجعلوا توفره على الشعر جرحاً تمسكاً بقوله تعالى: ﴿وَالشُّعَرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الغَاوُونَ أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لاَ يَفْعَلُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٤].

ولحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لأنْ يَمْتَلِىءَ جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحاً حَتَّى يَرِيَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَمْتَلِىءَ شِعْراً»[١].

والذي عليه جمهور أهل العلم أن قرض الشعر وإنشاده إذا كان سليماً ليس بجرح، وشهادة من انتسب إليه مقبوله على ما سنوضحه من شرح وتفضيل لرواية عبد الرحمن بن زياد عن عبد الرحمن بن رافع عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «الشِّعْرُ بِمَنْزِلَةِ الكَلاَمِ حَسَنُهُ كَحَسَنِ الكَلاَمِ وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِ الكَلاَمِ»[٢].

وروي عن عصمة بن عبد الله عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إنَّ مِنَ الشِّعْرِ حِكْمَةً. وَإِنَّ مِنَ البيانِ سِحْراً وَإِنَّ أَصْدَقَ بَيْتٍ قَالَتْهُ العَرَبُ:

أَلاَ كُلُّ شَيْءٍ مَا خَلاَ اللَّهَ بَاطِلُ ....[٣]

ولأن النبي ﷺ قد وفد عليه الشعراء فأنشدوه ومدحوه وأثاب عليه ولم ينه عنه، فمنهم أعشى ابن حرماز وفد عليه وأنشده ما امتدحه به فقال:

يَا مَالِكَ الأَرْضِ وَدَيَّانَ العَرَبْ   إِلَيْكَ أَشْكُو حِقْبَةً مِنَ الحِقبِ[٤]

إلى أن انتهى إلى شكوى امرأته.

---

(١) البخاري ٨/ ٤٥ وأبو داود (٥٠٠٩) الترمذي (٢٨٥١) (٢٨٥٢) وابن ماجه (٣٧٥٩) وأحمد ١/ ١٧٥ والطبراني في الكبير ١٢/ ٣١٨ وأبو نعيم في الحلية ٥/ ٦٠ وعبد الرزاق (٢٠٥٣) والطحاوي في المعاني ٤/ ٢٩٥.

(٢) أحمد ٤/ ٨١ والدارقطني ٤/ ١٥٧ والبخاري في الأدب (٨٦٥).

(٣) البخاري ١٠/ ٥٣٧ (٦١٤٧) ومسلم ٤/ ١٧٦٨ (٣/ ٢٢٥٦) وانظر ديوان لبيد (١٣٢) وعجز البيت.

.... وَكُلُّ نعيم لا محالة زَائِلُ

(٤) انظر طبقات ابن سعد ٧/ ٣٧ والبداية لابن كثير ٥/ ٧٣ وفي ابن سعد =

. . . . وَهُنَّ شَرُّ غَالِبٌ لِمَنْ غَلَبْ[1]

ومنهم كعب بن زهير وكان قد هدر الله دمه، فورد إلى المدينة مستخفياً، فقام إليه بعد صلاة الصبح ممتدحاً فقال:

بَانَتْ سُعَادُ فَقَلْبِي الْيَوْمَ مَتْبُولُ ... مُتَيَّمٌ إِثْرَهَا لَمْ يُفْدَ مَكْبُولُ

إلى أن انتهى إلى قوله:

نُبِّئْتُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَوْعَدَنِي ... وَالعَفْوُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ مَأْمُولُ

فقام علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال: يا رسول الله هذا كعب بن زهير فاضرب عنقه. فقال: «لاَ دَعْهُ فَإِنَّهُ قَدْ أَسْلَمَ» وأعطاه بردة كانت عليه[2]، فابتاعها منه معاوية بن أبي سفيان بعشرة آلاف درهم، وهي التي مع الخلفاء إلى اليوم.

وقد كان للنبي ﷺ شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة، وكانوا ينشدون الشعر تارة ابتداء ويأمرهم به أخرى ليردوا على من هجاه، كما قال حسان بن ثابت:

هَجَوْتَ مُحَمَّداً فَأَجَبْتُ عَنْهُ ... وَعِنْدَ اللَّهِ فِي ذَاكَ الجَزَاءُ
أَتَهْجُوهُ ولسْتَ لَهُ بِكُفْءٍ ... فَشَرُّكما لِخَيْرِكُمَا الفِدَاءُ[3]
فَإِنَّ أَبِي وَوَالِدَهُ وَعِرْضِي ... لِعِرْضِ مُحَمَّدٍ مِنْكُمْ بَقَاءُ

= يا مالك الناس وديان العرب ... إني تزوجت ذربة من الذرب
ذهبت أبغيها الطعام في رجب ... فخلفتني بنزاع وحرب
وهن شر غالب لمن غلب

وروي أيضاً:

يا سيد الناس وديان العرب ... إليك أشكو ذربة من الذرب
فكالذئبة الغبساء في ظل السرب ... خرجت أبغيها الطعام في رجب
فخلفتني بنزاع وهرب ... أخلفت العهد ولطت الذنب
تود أني بين غيض مؤتشب ... وهن شر غالب لمن غلب

(١) أحمد ٢/ ٢٠٢ وابن سعد ٧/ ٣٧ والطحاوي في المعاني ٤/ ٢٩٩ والهيثمي في المجمع ٨/ ١٢٧.
(٢) انظر الدلائل للبيهقي ٥/ ٢٠٨، ٢٠٩ والمستدرك ٣/ ٥٧٨ واسد الغابة ٤/ ٤٧٥ الاستيعاب لابن عبد البر ٣/ ١٣١٣ والطبراني في الكبير ١٩/ ١٧٧.
(٣) انظر ديوان حسان (٦٠) ومسلم ٤/ ١٩٢٦.

واستنشد رسول الله ﷺ الشريد من شعر أمية بن أبي الصلت وأنشده منه مائة بيت.

وأخبر ﷺ أنه شهد قس بن ساعدة بعكاظ على جمل أشهب وهو يقول: أيها الناس من عاش مات، ومن مات فات، وكل ما هو آت آت. ما لي أرى الناس يذهبون فلا يرجعون، أرضوا بالإقامة فأقاموا، أم تركوا هنالك فناموا. إن في السماء لخبراً، وإن في الأرض لعبراً سقف مرفوع وسهال موضوع. وبحار بحور، وتخوم تخور ثم تغور. أقسم قس بالله قسماً: إن لله لدينا هو أرضى من دين نحن عليه، ثم تكلم بأبيات شعر ما أدري ما هي. فقال أبو بكر رضي الله عنه: قد كنت شاهداً ذاك والأبيات عندي. فقال: أنشدنيها: فأنشدوه أبو بكر رضي الله عنه.

فِي الذَّاهِبِينَ الأَوَّلِينَ ... مِنَ القُرُونِ لَنَا بَصَائِرْ
لَمَّا رَأَيْتُ مَوَارِداً ... لِلْمَوْتِ لَيْسَ لَهَا مَصَادِرْ
وَرَأَيْتُ قَوْمِي نَحْوَهَا ... تَمْضِي الأَكَابِرُ وَالأَصَاغِرْ
لاَ يَرْجِعُ المَاضِي إِلَيَّ ... وَلاَ مِنَ البَاقِينَ غَابِرْ[1]
أَيْقَنْتُ أَنِّي لاَ مَحَا ... لَةَ حَيْثُ صَارَ القَوْمُ صَائِرْ

وقد أنشد ﷺ شعر طرفة:

سَتُبْدِي لَكَ الأَيَّامُ مَا كُنْتُ جَاهِلاً ... وَيَأْتِيكَ مَنْ لَمْ تُزَوِّدهُ الأَخْبَارُ[2]

فقال أبو بكر أنه قال:

---

(١) الأغاني ٥/٢٤٦ قال الحافظ طرقه كلها ضعيفة انظر تنزيه الشريع (١/٢٤١) اللالىء المصنوعة ١/٩٥.

(٢) تمثل به ﷺ كما رواه معمر عن قتادة قال بلغني أن عائشة سُئِلَتْ هل كان ﷺ يتمثل بشيء من الشعر؟ فقالت لا إلا بيتَ طَرَفَة وذكرَتْه، فقالت فجعل النبيّ ﷺ يقول من لم تزود بالأخبار، فقال أبو بكر ليس هذا هكذا، فقال ﷺ إني لست بشاعر، ولا ينبغي لي، ورواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة قال قيل لعائشة هل كان رسول لله يتمثل بشيء من الشعر؟ قالت كان أبغضَ الحديث إليه غير أنه ﷺ كان يتمثل ببيت أخي بني قيس، فيجعل أوله آخِرَه، وآخِرَه أولَه، فقال أبو بكر ليس هكذا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ إني والله ما أنا بشاعر، وما ينبغي لي، ورواه ابن أبي حاتم وابن جرير واللفظ له، وروى البخاري في الأدب المفرد عن عكرمة قال سألْتُ عائشةَ هل كان رسول الله ﷺ يتمثل شِعْراً قط؟ فقالت كان أحياناً إذا دخل بيته يقول ـ وذكره، ورواه البزار عن ابن عباس، وله طرق أيضاً عن عائشة: فروى الإمام أحمد عنها قالت كان رسول الله ﷺ إذا اسْتَرَاثَ الخبرَ تمثل ببيتِ طَرَفَة:

ويأتيك بالأخبار من لم تُزَوِّدِ =

وَيَـأْتِيـكَ بِـالأَخْبَـارِ مَـنْ لَـمْ تُـزَوِّدِ ....

فقال ﷺ: «مالي وللشعر وما للشعر ولي» يريد ما قاله الله فيه عز وجل: ﴿وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنبَغِي لَهُ﴾ وقال ﷺ:

تَفَـاءَلْ بِمَـا تَـرْجُـو يَكُـنْ فَلَقَلَّمَـا .... (١)

فقال علي عليه السلام:

بِمَـا تَـرْجُـوهُ أَلَّا تكُـونَـا ....

فصار بما تممه علي شعراً منتظماً.

واستوقفته قتيلة بنت النضر بن الحارث عام الفتح بعد قتل أبيها صبراً فأنشدته:

أَمُحَمَّـدٌ هَـا أَنْـتَ خَيْـرُ نُجَيْبَـةٍ مِـنْ قَـوْمِهَـا وَالفَحْـلُ فَحْـلٌ مُعْـرِقُ
النَّضْـرُ أَقْـرَبُ مَـنْ قَتَلْـتَ قَـرَابَـةً وَأَحَقُّهُـمْ إِنْ كَـانَ عِتْقـاً يُعْتَـقُ
مَـا كَـانَ ضَـرَّكَ لَـوْ مَنَنْـتَ وَرُبَّمَـا مَـنَّ الفَتَـى وَهْـوَ المَغِيـظُ المُحْنَـقُ

فقال النبي ﷺ: «لَوْ سَمِعْتُ شِعْرَهَا مَا قَتَلْتُهُ»(٢).

وقد كان كثير من الصحابة يقولون الشعر ويتمثلون بأشعار العرب. فلم ينكره رسول الله ﷺ:

وقد استشهد عبد الله بن عباس فيما سأله نافع بن الأزرق في معاني القرآن بأشعار العرب، ودل به على معانيه وقال: الشعر ديوان العرب فما أنكره أحد منهم من الصحابة والتابعين.

= وبعده:

وتـأتيـك بـالأخبـار مـن لـم تَبِـعْ لـه ثيـابـاً ولـم تَضْـرِبْ لـه وقـتَ مَـوْعِـد

ورواه النسائي في اليوم والليلة عن الشعبي، ورواه أحمد أيضاً عن عائشة وقيل لها كان رسول الله ﷺ يَرْوِي شيئاً من الشعر؟ قالت نعم شعرَ عبد الله بن رواحة، ورواه الترمذي وقال أنه حسن صحيح، وقال النجم وعند ابن سعد وابن أبي حاتم والمرزباني في معجم الشعراء عن الحسن أن النبيّ ﷺ كان يتمثل بهذا البيت:

كَفَى بالاسلامِ والشيبِ للمرء ناهياً

فقال أبو بكر يا رسول الله إنما قال الشاعر.

كفى الشيبُ والاسلامُ للمرء ناهياً

فأعاده كالأول، فقال أبو بكر يا رسول أشهد أنك رسول الله، ما هكذا الشعر، وما ينبغي لك.

(١) رواه الخطيب في التاريخ ١/ ١٨٠ ترجمة رقم (٥٣٢٣).

(٢) انظر الإصابة للحافظ ابن حجر ٨/ ١٧٠ (٨٨٤) الأغاني ١/ ١١٩ البيان للجاحظ ٤/ ٣٤.

وسئل ابن عباس عن أول الناس إسلاماً فقال: أبو بكر أنا سمعت قول حسان بن ثابت

إِذَا تَـذَكَّـرْتُ شَجْـوَاً مِـنْ أَخِـي ثِقَـةٍ   فَـاذْكُـرْ أَخَـاكَ أَبَـا بَكْـرٍ بِمَـا فَعَـلاَ
خَيْـرَ البَـرِيَّـةِ أَتْقَـاهَـا وَأَعْـدَلَهَـا   إِلاَّ النَّبِـيَّ وَأَوْفَـاهَـا بِمَـا حَمَـلاَ
الثَّـانِـي اثْنَيْـنِ وَالمَحْمُـودَ مَشْهَـدُهُ   وَأَوَّلَ النَّـاسِ مِنْهُـمْ صَـدَّقَ الـرُّسُـلاَ

وحبس عمر رضي الله عنه الحطيئة الشاعر فأرسل إليه من الحبس شعراً يقول فيه:

مَـاذَا تَقُـولُ لأَفْـرَاخٍ بِـذِي مَـرَخٍ   حُمْـرِ الحَـوَاصِـلِ لاَ مَـاءٌ وَلاَ شَجَـرُ
أَلْقَيْـتَ كَـاسِبَهُـمْ فِـي قَعْـرِ مُظْلِمَـةٍ   فَـاغْفِـرْ عَلَيْـكَ سَـلاَمُ اللَّـهِ يَـا عُمَـرُ
أَنْـتَ الإِمَـامُ الَّـذِي مِـنْ بَعْـدِ صَـاحِبِـهِ   أَلْقَـتْ عَلَيْـكَ مَقَـالِيـدَ النُّهَـى البَشَـرُ
مَـا يُـؤْثِـرُوكَ بِهَـا إِذْ قَـدَّمُـوكَ لَهَـا   لَكِـنْ لأَنْفُسِهِـمْ كَـانَـتْ بِـكَ الأَثَرُ[1]

فلما وصل إليه هذا الشعر أطلقه وقال: إن الشعر ليستنزل الكريم.

فإذا كان الشعر في الصحابة بهذه المثابة، وكان الشعراء منهم بهذه المنزلة، لم يجز أن يكون جرحاً في قائله ولا منشده، لأنهم لا يأتون منكراً ولا يقرون عليه.

وقد مر الزبير بن العوام في مسجد رسول الله ﷺ بحسان بن ثابت وهو ينشد شعره أحداثاً من الأنصار وهم معرضون عنه، فقال: أتعرضون عنه وقد كان رسول الله ﷺ يقبل عليه إذا أنشده فنهض حسان وقبل يد الزبير.

وقيل لسعيد بن المسيب: إن قوماً يكرهون إنشاد الشعر في المسجد. فقال: هؤلاء ينسكون نسكاً أعجمياً.

وروى أبو بكر بن سيف في مختصر المزني عنه، وقال: سألته أيجوز للرجل أن يتزوج المرأة ويصدقها شعراً؟ فقال: إن كان كقول الشاعر:

يَـوَدُّ المَـرْءُ أَنْ يُعْطَـى مُنَـاهُ   وَيَـأْبَـى اللَّـهُ إِلاَّ مَـا أَرَادَا
يَقُـولُ المَـرْءُ فَـائِـدَتِـي وَمَـالِـي   وَتَقْـوَى اللَّـهِ أَفْضَـلُ مَـا أَفادا[2]

جاز فدل ما وصفنا، وإن مع الإطالة بيسير، أن إنشاء الشعر وإنشاده مباح، وإنشاء الشعر ما كان من قوله. وإنشاده ما كان من قول غيره.

---

(١) الديوان (١٦٤).
(٢) تقدما.

فأما قوله تعالى: ﴿وَالشُّعَرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٤] فقد قال أهل التأويل: يريد بالشعراء الذين إذا قالوا كذبوا وإذا غضبوا سبوا.

وفي قوله تعالى: ﴿يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾ أربعة تأويلات:

أحدها: الشياطين، قاله مجاهد.

والثاني: المشركون، قاله عبد الرحمن بن زيد.

والثالث: السفهاء قاله الضحاك.

والرابع: الرواة قاله ابن عباس.

وفي قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٥] ثلاث تأويلات:

أحدها: في كل فن من الكلام يأخذون. قاله ابن عباس.

والثاني: في كل لغو يخوضون قاله قطرب.

والثالث: أن يمدح قوماً بباطل، ويذم قوماً بباطل. قال قتادة ﴿وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لَا يَفْعَلُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٦] يعني من كذب في مدح أو هجاء.

فلما نزلت هذه الآية حضر عبد الله بن رواحة وكعب بن مالك وحسان بن ثابت عند رسول الله ﷺ فبكوا وقالوا: هلكنا يا رسول الله، فأنزل الله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾ [الشعراء: ٢٢٧] فقرأها عليهم: وقال هم أنتم ﴿وذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيراً﴾ فيها وجهان:

أحدهما: في شعرهم.

والثاني: في كلامهم.

﴿وانْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظُلِموا﴾ أي ردوا على المشركين ما هجوا به المسلمين، فدلت الآية على أن المذموم من الشعر ما فيه من هجو: والهجو في الكلام مذموم فكيف في الشعر، ولأن الشعر يحفظه نظمه فينتشر ويبقى على الأعصار والدهور.

وأما قوله ﷺ «لَأَنْ يَمْتَلِىءَ جَوْفَ أَحَدِكُمْ قَيحاً حَتَّى يَرِيَهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَمْتَلِىءَ شِعْراً» ففيه وجهان:

أحدهما: ما كان من الشعر كذباً وفحشاً وهجاءً.

والثاني: أن ينقطع إليه ويتشاغل عن القرآن وعلوم الدين.

فصل: فإذا تقرر أن الشعر في حكم الكلام لا يخرجه نظمه عن إباحته وحظره فهو على ثلاثة أضرب مستحب، ومباح ومحظور.

فأما المستحب فنوعان:

أحدهما: ما حذر من الآخرة أنشده فيه بعض أهل العلم لعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه:

فَلَوْ كُنَّا إِذَا مِتْنَا تُرِكْنَا ... لَكَانَ المَوْتُ رَاحَةَ كُلِّ حَيِّ[1]

وَلَكِنَّا إِذَا مِتْنَا بُعِثْنَا ... وَنُسْأَلُ بَعْدَهُ عَنْ كُلِّ شَيِّ

وأنشد للحسين بن علي رضي الله عنهما:

الْمَوْتُ خَيْرٌ مِنْ رُكُوبِ العَارِ ... وَالْعَارُ خَيْرٌ مِنْ دُخُولِ النَّارِ[2]

والله، مَاهَذَا وَهَذَا جَارِي

والثاني: ما حث على مكارم الأخلاق كالمحكي عن مالك بن أنس أنه مر بباب قوم فسمع رجلاً ينشد:

أَنْتِ أُخْتِي وَحُرْمَةُ جَارِي ... وَحَقِيقٌ عَلَيَّ حِفْظُ الجِوَارِ

إِنَّ لِلْجَارِ إِنْ نُصِيبُ لَنَا ... حَافِظاً لِلْنَّصِيبِ فِي الإِسْرَارِ

ما أبالي إن كان بالباب سترة ... مسبل، أو يبقى بغير ستار

فدق الباب وقال: علموا فتيانكم مثل هذا الشعر.

فهذان النوعان مستحبان، وهما أحفظ للعدالة، وأبعث على قبول الشهادة.

وأما المباح: فما سلم من فحش أو كذب، وهو نوعان:

أحدهما: ما جلب نفعاً.

والثاني: ما لم يعد بضرر.

---

(١) انظر الديوان (١٣٩).

(٢) ويروى لعلي رضي الله عنه هكذا ص(٧)

النار أهون من ركوب العار ... والعار يدخل أهله في النار

والعار في رجل بيت جاره ... طاوى الحشا متمزق الأطمار

فلا تقدح في الشهادة، ولا يمنع من قبول الشهادة.

وأما المحظور فنوعان: كذب وفحش.

وهما جرح في قائله، فأما في منشده، فإن حكاه إنكاراً لم يكن جرحاً، وإن حكاه اختياراً كان جرحاً.

فإن تشبب في شعره ووصف امرأة، فإن لم يعينها لم يقدح في عدالته، وإن عينها قدح في عدالته.

فأما المكتسب بالشعر، فإن كان يقتضي إذا مدح ويذم إذا منع، فهو قدح في عدالته فترد شهادته.

وإن كان لا يقتضي إذا مدح ولا يذم إذا منع وتقبل ما وصله إليه عفواً، فهو على عدالته وقبول شهادته.

[القول في شهادة الزنا]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَجُوزُ شَهَادَةُ وَلَدِ الزِّنَا فِي الزِّنَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الأنساب ليست من شروط العدالة فتقبل شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً في الزنى وغير الزنى.

وقال مالك رضي الله عنه: لا أقبل شهادته في الزنى وأقبلها في غير الزنى وقال غيره من فقهاء المدينة: لا أقبل شهادته بحال.

استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وَلَدُ الزِّنَى شَرُّ الثَّلاثَةِ».

وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ يَدْخُلُ الجَنَّةَ وَلَدُ زَنْيَةٍ».

وإذا كان شراً من الزاني ومدفوعاً من الجنة، كان من أهل الكبائر. فلم تقبل شهادته.

وهذا قول فاسد، لأن الله تعالى لا يؤاخذ أحداً بذنب غيره وهو تعالى يقول: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] فلم يجز أن يؤاخذ ولد الزاني بذنب أبويه. لأنه ظلم. والله تعالى منزه عن الظلم. وهو تعالى يقول: ﴿وَلاَ يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَداً﴾[الكهف: ٤٩] ولأن عار النسب ربما منعه من ارتكاب العار، لئلا يصير جامعاً بين عارين فصار مزجوراً بمعرة نسبه عن معرة كذبه، فلم يمنع من قبول الشهادة مع ظهور عدالته.

وأما الخبر الأول وهو «وَلَدُ الزِّنَا شَرُّ الثلاَثَةِ» فهو من مناكير الأخبار وما رواه إلا مضعوف غير مقبول الحديث، ونص القرآن يمنع منه. ولو سلمت الرواية لكان لاستعماله وجوهاً:

أحدها: أنه شر الثلاثة نسباً.

والثاني: شر الثلاثة إذا كان زانياً.

والثالث: أنه كان واحداً من ثلاثة، فأشير إليه أنه شرهم، فكان ذلك للزنى تعريفاً لا تعليلاً.

والرابع: ما ذكر أن أبا عزة الجمحي كان يهجو رسول الله ﷺ ويقدح فيه بالعظائم فذكر عند النبي ﷺ ما يقوله وقيل له: إنه ولد زنية. فقال عليه السلام: «وَلَدُ الزِّنَى شَرُّ الثلاَثَةِ» يعني به أبا عزة.

وأما الخبر الثاني: فهو أوهى من الأول، وأضعف وأبعد أن يكون له في الاحتمال وجه، لأنه لا يجوز أن يحبط طاعته معصية غيره، والكفر أعظم من الزنى، ولا يحبط عمل المؤمن بكفر أبويه، فكان أولى أن لا يحبط عمله بزنى والديه والله أعلم.

[القول في شهادة المحدود]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالمَحْدُودِ فِيمَا حُدَّ فيه».

قال الماوردي: وهذا أراد به مالكاً، فإنه يقول: من حد في معصية لم تقبل شهادته فيما حد فيه، وقبلت في غيره، فلا تقبل شهادة المحدود في الزنا إذا شهد بالزنا، ولا المحدود في الخمر إذا شهد في الخمر، ولا المقطوع في السرقة إذا شهد بالسرقة.

استدلالاً بأنها استرابة يقتضي الدفع عن الشهادة، لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وبقول عمر رضي الله عنه في عهده لأبي موسى الأشعري: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنيناً في ولاء أو نسب.

وتعلقاً بما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: ود السارق أن يكون الناس سراقاً وود الزاني أن يكون الناس زناة، وإنما كان كذلك لينفي المعرة عن نفسه بمشاركة غيره.

وهذا قول فاسد. وشهادته إذا تاب مقبولة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِيْنَ تَابُوا﴾ [النور: ٤، ٥].

وقد وافق مالك على أن شهادة القاذف إذا تاب بعد حده، أن شهادته مقبولة في القذف وغيره. وكذلك حكم من حد في غيره.

وتحرير هذا الاستدلال قياساً، أن من قبلت شهادته في غير ما حد فيه، قبلت فيما حد فيه كالقاذف.

وليس للتعليل بالارتياب وجه، لأنه لو صح لعم ولم يخص.

ولا دليل فيما روي عن عمر وعثمان، لتوجهه إلى ما قبل التوبة، فلم يحمل على ما بعدها والله أعلم.

[القول في شهادة أهل القرى والبوادي بعضهم على بعض]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَالقَرَوِيُّ عَلَى البَدَوِيِّ وَالبَدَوِيُّ عَلَى القَرَوِيِّ إِذَا كَانُوا عُدُولاً».

قال الماوردي: إذا كان البدوي عدلاً قبلت شهادته على القروي، كما تقبل شهادة القروي على البدوي.

وقال مالك: أقبل شهادة القروي على البدوي، ولا أقبل شهادة البدوي على القروي. إلا في الجراح.

استدلالاً برواية عطاء بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ أَقْبَلُ شَهَادَةَ البَدَوِيِّ عَلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ».

ولأن ما خرج عن العرف ريبة في الشهادة لقوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقومُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والعرف جار بأن البدوي يشهد للقروي، ولم يجر العرف بإشهاد القروي للبدوي، فصار بخروجه عن العرف متهوماً.

ودليلنا أن رسول الله ﷺ قبل شهادة الأعرابي في هلال رمضان وصام، وأمر الناس بالصيام.

ولأن اختلاف الأوطان لا تؤثر في قبول الشهادة كأهل الأمصار والقرى.

ولأن الشهادة في الجراح أغلظ منها في الأموال فلما قبلت شهادة البدوي على القروي في الجراح، كان أولى أن تقبل في غير الجراح.

وتحريره قياساً، أن من قبلت شهادته في الجراح، قبلت في غير الجراح كالقروي.

ولأن أهل البادية أسلم فطرة وأقل حياءً، فكان الصدق فيهم أغلب فاقتضى أن يكونوا بقبول الشهادة أجدر.

وأما الجواب عن الخبر فراويه علي بن مسهر. وهو ضعيف، وإن صح فهو محمول على أحد وجهين:

إما على الجهل بعدالته لخفاء أحوال أهل البادية، وإما على بدوي بعينه علم جرحه.

وأما الجواب عن اعتبار العرف. في الإشهاد فهو فاسد بأهل الأمصار والقرى، فإن العرف جار بأن أهل القرى يشهدون أهل الأمصار، ولا يشهد أهل الأمصار أهل القرى، وهذا العرف غير معتبر، وكذلك في البادية والحاضرة. والله أعلم.

[القول في شهادة الصبي والعبد والكافر والفاسق]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا شَهِدَ صَبِيٌّ أَوْ عَبْدٌ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِشَهَادَةٍ فَلَا يَسْمَعُهَا وَاسْتِمَاعُهُ لَهَا تَكَلُّفٌ وَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ وَأُعْتِقَ العَبْدُ وَأَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ ثُمَّ شَهِدُوا بِهَا بِعَيْنِهَا قَبِلْتُهَا فَأَمَّا البَالِغُ المُسْلِمُ أَرُدُّ شَهَادَتَهُ فِي الشَّيْءِ ثُمَّ يَحْسُنُ حَالُهُ فَيَشْهَدُ بِهَا فَلَا أَقْبَلُهَا لِأَنَّا حَكَمْنَا بِإِبْطَالِنَا وَجَرْحِهِ فِيهَا لِأَنَّهُ مِنَ الشَّرْطِ أَنْ لَا يُخْتَبَرَ عَمَلُهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين: مشتبهين في الصورة مختلفين في الحكم:

فأحدهما: أن يشهد صبي قبل بلوغه، أو عبد قبل عتقه، أو نصراني قبل إسلامه بشهادة، فيردهم الحاكم فيها، ثم يبلغ الصبي ويعتق العبد، ويسلم النصراني، فيشهدوا بتلك الشهادة التي ردوا فيها عند ذلك الحاكم أو عند غيره، قبلت بعد تقدم الرد.

وقال مالك: لا أقبلها بعد ردها.

والفصل الثاني: ترد شهادة الفاسق ويشهد بها بعد زوال الفسق.

أن يشهد بالغ حر مسلم بشهادة، فيردها الحاكم بالفسق، ثم تحسن حاله ويصير عدلاً، فيشهد بتلك الشهادة عند ذلك الحاكم أو عند غيره، ردت ولم تقبل: وقال أبو ثور وأبو إبراهيم المزني: تقبل ولا ترد.

فسوى مالك بين الفصلين في الرد، وسوى أبو ثور والمزني بينهما في القبول.

ومذهب الشافعي أنها تقبل إذا ردت بالصغر والرق والكفر، ولا تقبل إذا ردت بالفسق لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حدوث البلوغ والعتق والإسلام يقين، وحدوث العدالة مظنون.

والثاني: أن الصغر والرق والكفر ظاهر يمنع من سماع الشهادة، فصارت مردودة بغير حكم. والفسق باطن فصار ردها فيه بحكم.

لو فرق على هذا الفرق بين ردها بالفسق الظاهر فتقبل، وبين ردها بالفسق الباطن فلا تقبل، لكان وجهاً لأن الفسق الظاهر لا يحتاج إلى اجتهاد، فصار مردوداً بغير حكم كالكفر والرق والصغر، والفسق الباطن يفتقر إلى اجتهاد فصار مردوداً بالحكم، وما نفذ فيه الحكم باجتهاد لم يجز أن ينقض باجتهاد.

فصل: ولو دعي العبد أو الكافر إلى تحمل الشهادة، لم يلزمها تحملها، ولو دعيا إلى أداء شهادة قد تحملاها، لم يلزمهما أداؤها، لأن التحمل يراد به الأداء، والأداء غير مقبول، فلم يلزما.

ولو دعي الفاسق، إلى تحمل الشهادة، فإن كان فسقه ظاهراً لم يلزمه تحملها. وإن كان فسقه باطناً لزمه تحملها، وهكذا، لو دعي إلى أداء ما قد تحمله من الشهادة، ولم يلزمه أداؤه إن كان ظاهر الفسق، ولزمه أداؤها إن كان باطن الفسق، لأن رد شهادته بالفسق الظاهر متفق عليه، وبالفسق الباطن مختلف فيه.

وإذا رد الحاكم شهادة رجل بفسق، ثم دعي ليشهد بها عند غيره، لم يلزمه الإجابة، لأن ردها بالحكم قد أبطلها، ولو توقف الحاكم عن قبولها للكشف عن عدالته حتى مات، أو عزل، ثم دعي ليشهد بها عند غيره، لزمته الإجابة، لأنها لم ترد فلم تبطل.

فصل: وإذا دعي المتحمل للشهادة، إلى أدائها عند الحاكم وهو ممن يصح منه الأداء فامتنع وقال: إني أخاف أن لا يقبل الحاكم شهادتي. لم يكن ذلك عذراً في امتناعه، ولزمه الأداء وللحاكم اجتهاده في القبول أو الرد.

ولو امتنع عن الأداء وقال: ليس الحاكم عندي مستحقاً للحكم، إما لفسق أو جهل. لزمه الأداء، وليس للشاهد اجتهاد في صحة التقليد وفساده.

وقال أحمد بن حنبل: لا يلزمه أداء الشهادة إذا اعتقد فساد تقليده بفسق أو جهل، وإنما تلزمه الشهادة عند من يرتضي من الحكام، كما يلزم الحاكم قبول شهادة من يرتضي من الشهود.

وحكي أن أحمد لزمته شهادة فدعي إلى أدائها عند بعض الحكام فامتنع.

وقال: إن القاضي ليس بِرضى، فقال الداعي: يتلف علي مالي.

فقال أحمد: ما أتلفت عليك مالك، الذي ولى هذا القاضي أتلف عليك مالك.

وليس لهذا القول وجه؛ لأن المقصود بالشهادة وصول ذي الحق إلى حقه، فلم يفترق في وصوله إليه حقه بين صحة التقليد وفساده.

فإن دعي الشاهد إلى أداء شهادة عند أمير أو ذي يد، فإن كان ممن يجوز له إلزام الحقوق والإجبار عليها، لزم أداء الشهادة عنده، وإن كان ممن لا يجوز له ذلك، ولا يصح منه، لم يلزمه أداؤها عنده والله أعلم.

[القول في شهادة الوارث بدين على المورث]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَرَكَ المَيِّتُ ابْنَيْنِ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى أَبِيْهِ بِدَيْنٍ فَإِنْ كَانَ عَدْلاً حَلَفَ المُدَّعِي وَأَخَذَ الدَّيْنَ مِنَ الاِثْنَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلاً أَخَذَ مِنْ يَدَيِ الشَّاهِدِ بِقَدْرِ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ مِنْهُ لَوْ جَازَتْ شَهَادَتُهُ لأَنَّ مَوْجُوداً فِي شَهَادَتِهِ أَنَّ لَهُ فِي يَدَيْهِ حَقًّا وَفِي يَدَيِ الجَاحِدِ حَقًّا فَأَعْطَيْتُهُ مِنَ المُقِرِّ وَلَمْ أُعْطِهِ مِنَ المُنْكِرِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى ديناً على ميت وورثه ابنان له فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فالمصدق مقر والمكذب منكر وللمقر حالتان:

إحداهما: أن يكون عدلاً، فيجوز أن يشهد للمدعي بدينه في حق أخيه المنكر مع شاهد آخر أو مع يمين المدعي، ولا يكون الإقرار شهادة حتى يستأنفها بلفظ الشهادة، لأن لفظ الإقرار لا يكون شهادة، وشهادته تكون على أبيه دون أخيه لوجوب الدين على الأب.

ومنع الحسن بن زياد اللؤلؤي من قبول شهادته لما يتوجه إليه من التهمة في استدراك إقراره.

ومذهب الشافعي وأبي حنيفة، وجمهور الفقهاء أن شهادته مقبولة، لأنها موافقة لإقراره فانتفت التهم عنه، فلم تمنع من الشهادة على أبيه وإن منع من الشهادة له.

فإذا صحت الشهادة استحق صاحب الدين جميع دينه من أصل التركة نصفه يستحقه بالإقرار في حق المصدق، ونصفه يستحقه بالشهادة في حق المنكر.

والحال الثانية: أن يكون المقر غير عدل، أو يكون عدلاً لم تكمل به الشهادة

لعدم غيره، أو لأن الحاكم لا يرى الحكم باليمين والشاهد، أو يراه فلا يحلف معه المدعي، فالحكم في هذه الأحوال الثلاثة على سواء.

ومذهب الشافعي المنصوص عليه في جميع كتبه، وهو قول أهل الحجاز، أنه يأخذ من المقر من الدين بقدر حقه، وهو النصف، ويحلف المنكر على النصف الآخر ويبرأ، ويمينه على العلم دون البت. ويقول: والله لا أعلم أن له على أبي ما ادعاه أو شيئاً منه.

وقال أبو حنيفة وأكثر أهل العراق: يلزم المقر جميع الدين.

وكان أبو عبيد بن حرثون وأبو جعفر الاستراباذي وهما من متأخري أصحاب الشافعي: يخرجان هذا قولاً ثانياً للشافعي. فخالفهما من أصحاب الشافعي أكثرهم ووافقهما أقلهم، وجعلوه تخريجاً من مقتضى نص وليس بتخريج من نص وهو أن الشافعي يقول: إذا حلف أحد الابنين في القسامة فاستحق [بأيمانه نصف الدية][1] وكان على المقتول دين، قضى جميعه من حصة الابن الحالف، كذلك في هذه المسألة، فخرجوها لأجل ذلك على قولين:

واختلف من أنكر تخريج هذا القول في ما قاله في القسامة على وجهين:

أحدهما: أنه محمول على أن الذي استحقه أحد الابنين بأيمانه، كان جميع التركة، فأخذ جميع الدين منه، ولو ترك الميت غيره ما لزمه من الدين إلا نصفه.

والوجه الثاني: أنه محمول على أن أخاه معترف بالدين، فاستحق باعترافهما جميع الدين، وعجل قضاؤه من الذمة لتأخير غيره ليرجع على أخيه بقدر حقه، ولو كان الأخ منكراً لم يؤخذ من المقر إلا قدر حقه.

واستدل أبو حنيفة ومن وافقه على وجوب الدين كله على المقر بقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

فجعل للوارث ما فضل عن الدين والوصية، فوجب أن لا يرث إلا بعد قضاء جميعه، لأن صاحب الدين مقدم وليس بمشارك.

ولأن ما يأخذه المنكر من التركة كالمغصوب في حق الدين، وغصب بعض التركة موجب لقضاء الدين من باقيها، فلزم أخذ جميعه منه.

والدليل على أن على المقر منهما نصف الدين دون جميعه، هو أن الدين مستحق

---

(١) سقط في أ.

في جميع التركة غير معين في بعضها، وليس مع المقر إلا نصفها، فلم يلزمه من الدين إلا نصفه كالمقرين.

ولو أنه لو لزم المقر جميع الدين، لم تقبل شهادته على أخيه، لأنه يدفع بها عن نفسه تحمل جميع الدين وفي موافقة أبي حنيفة على قبول شهادته، وإن خالفه الحسن بن زياد اللؤلؤي في قبولها، دليل على أنه لا يلزمه في الدين إلا قدر حقه لتسلم شهادته عن جر نفع ودفع ضرر.

ولأن أحد الابنين لو ادعى ديناً لأبيه على منكر، فرد اليمين عليه وحلف، لم يستحق من الدين إلا نصفه، وكذلك إذا أقر بدين على أبيه لم يلزمه إلا نصفه، لأن ما للأب من الدين في مقابلة ما عليه من الدين.

والأصح من إطلاقها عندي، أن ينظر في التركة. فإن لم يقتسم لها الابنان حتى أقر أحدهما بالدين، قضى جميعه منها، فكان محسوباً من حق المقر دون المنكر.

وإن اقتسم الابنان التركة، ثم أقر أحدهما بالدين. لم يلزمه منه إلا نصفه لأن المقر معترف باستحقاق جميع الدين في جميع التركة.

فصار قبل القسمة مقراً بجمعه وبعد أخذ النصف بالقسمة مقراً بنصفه. والله أعلم.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة، وقيل: إنه لا يلزم المقر من الدين إلا بقدر حصته وهو النصف، فلا خصومة بين الأخوين في الدين. ويكون صاحب الدين مخاصما للمنكر في بقية دينه.

فإن قيل: إنه يلزم المقر جميع الدين، لم يؤخذ بدفع جميعه إلا بعد إحلاف أخيه لصاحب الدين، فإذا حلف أخذ من المقر حينئذ جميع الدين، وصار المقر خصماً لأخيه المنكر ليستأنف الدعوى عليه ويحلف عليها إن استدام الإنكار، ولا تسقط عنه اليمين في حق أخيه باليمين التي حلفها لصاحب الدين، لاختلاف مستحقيها. كما لو أدى أحد الأخوين ديناً على منكر وأحلفه عليه لم يسقط حق الأخ الآخر من إحلافه.

[القول في إقرار الوارث بالوصية]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَنَّ أَبَاهُ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا كانت الدعوى في وصية اعترف بها أحد

الابنين وأنكرها الاخر. فهي على ضربين:

أحدهما: أن تكون غير معينة كالوصية بالثلث، فلا يلزم المقر بها إلا قدر حصته وهو نصف الثلث، بوفاق أبي حنيفة وجميع أصحابنا. بخلاف الدين المختلف فيه، لوقوع الفرق بينهما، فإن جميع الدين مستحق فيما يوجد من قليل التركة وكثيرها. والوصية بثلث التركة لا يستحق إلا من جميعها.

والضرب الثاني: أن تكون الوصية معينة في ثلثي شيء من التركة، كالوصية بدار اعترف بها أحدهما وأنكرها الآخر: فلا تخلو الدار من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن تكون باقية في التركة لم يقتسماها، فلا يلزم المقر إلا نصفها على المذهبين. لأنه لا يملك منها إلا النصف، وعلى المنكر اليمين فإذا حلف، حسب على المقر قيمة النصف من حصته.

فلو أقر أحدهما أن أباه وصى بجميع هذه الدار لزيد، وأقر الآخر أنه وصى بجميعها لعمرو. كان نصف الدار لزيد فمن حصته من صدقة ولا يمين عليه لعمرو. ونصف الدار لعمرو، وهو حصة من صدقة، ولا يمين عليه لزيد، لأنه لو تصادق الأخوان على الوصيتين لكانت الدار بين زيد وعمرو نصفين، وقد صارت بينهما كذلك فلم يكن التكذيب مضراً، وانتقلت المنازعة بين زيد وعمرو، لأن كل واحد منهما يدعي أنه أحق بجميعها من صاحبه، فيتحالفان عليها وتقر بعد أيمانهما بينهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بجميعها للحالف دون الناكل.

والحال الثانية: أن تكون الدار قد حصلت في سهم المقر بعد القسمة. فيلزمه تسليم جميعها، لأنه معترف بها للموصى له، ويصير خصماً لأخيه في نصفها، وليس بين الموصى له والمنكر مخاصمة، لوصوله إلى حقه من المقر.

والحال الثالثة: أن تكون الدار قد حصلت في سهم المنكر، فلا شيء على المقر بها لأنه لا يملكها، ولا مطالبة عليه بها ولا بقيمتها، فإذا حلف المنكر برىء من المطالبة وحصلت له الدار وبطلت الوصية بها.

فإذا كان المقر عدلاً فشهد على أخيه بالوصية بالدار سمعت شهادته وحكم بها على أخيه مع شاهد آخر أو مع عين الموصى له، وانتزعت الدار من يده بالوصية، ولم يرجع على أخيه ببدلها من تركة أبيه وإن اعترف له بذلك، لأنه بالإنكار جاحد لاستحقاق غيره والله أعلم بالصواب.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَة بِكِتَاب القَاضِي فِي كُلِّ حَقٍّ لِلآدَمِيِّينَ مَالاً أَوْ حَدًّا أَوْ قَصَاصاً وَفِي كُلِّ حَدٍّ لِلَّهِ قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ تَجُوزُ، وَالآخَرُ لاَ تَجُوزُ مِنْ قِبَلِ دَرْءِ الحُدُودِ بِالشُّبُهَاتِ».

قال الماوردي: أما الشهادة على الشهادة فجائزة مع الاتفاق على جوازها لأمرين:

أحدهما: أن الشهادة وثيقة مستدامة وقد يطرأ على الشاهد من احتدام المنية، والعجز عن الشهادة لغيبة أو مرض ما تدعو الضرورة فيه إلى الإرشاد على شهادته ليستديم بها الوثيقة ولا يقوى به الحق.

والثاني: أن الشهادة خبر وإن لم يكن كل خبر شهادة، فلما جاز نقل الخبر لاستدامة العلم به، جاز نقل الشهادة لاستدامة التوثيق بها. فإذا ثبت جوازها، فالكلام فيها يشتمل على أربعة فصول:

أحدهما: في وجوب الشهادة على الشهادة.

وهو معتبر بحال شاهد الأصل إذا دعاه صاحب الحق أن يشهد على شهادته، وله حالتان:

أحدهما: أن يجيب إليها، فيكون بالإجابة محسناً، سواء قدر على الأداء أو عجز عنه.

والحال الثانية: أن يمتنع عنها، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون قادراً على أدائها عند الحاكم. فلا تلزمه الشهادة على شهادته، لأن تحمل الشهادة موجب لأدائها عند الحاكم. وليس بموجب الإشهاد عليها، فلم تلزمه غير المقصود بتحملها.

والحال الثالثة: أن يعجز عن أدائها عند الحاكم إما لمرض أو زمانة، أو لسفر ونقلة، فقد اختلف في وجوب الإشهاد على شهادته.

فذهب بعض فقهاء العراق إلى وجوب إشهاده على شهادته كما يجب عليه أداؤها عند الحكام، لما فيه من حفظ الحق على صاحبه في الحالين.

ومذهب الشافعي، يجب عليه أداء شهادته ولا يجب عليه الإشهاد على شهادته لثلاث معان:

أحدها: أن المقصود بتحمل الشهادة أداؤها دون الإشهاد عليها، فلم يلزمه في التحمل غير المقصود به.

والثاني: الإشهاد عليها لا يسقط فرض أدائها فلم يلزمه بالتحمل فرضان.

والثالث: أن المقر، لما لم يلزمه الإشهاد على إقراره لم يلزم الشاهد الإشهاد على شهادته.

والذي أراه أولى المذهبين عندي أن يعتبر الحق المشهود فيه، فإن كان مما ينتقل إلى الأعيان كالوقف المؤبد الذي ينتقل إلى بطن بعد بطن، لزمه الإشهاد على شهادته، لأن البطن الموجود يصل إلى حقه بالأداء، فلم يلزمه غيره. والبطن المفقود قد لا يصل إلى حقه إلا بالإشهاد على شهادته، فلزمه الإشهاد عليها في حقه.

وكذلك الإجارة المعقودة إلى مدة قد لا يعيش الشهود إلى انقضائها في الأغلب، فهي بمثابة المنتقل في وجوب الإشهاد على شهادته.

وكذلك الديون المؤجلة بالأجل البعيد.

فأما في الحقوق المعجلة، أو في البياعات المقبوضة الناجزة، فلا يلزمه فيها غير الأداء عند التنازع، لأن التوثيق بها غير مستدام وأما إذا ابتدأ الشاهد بالإشهاد على شهادته من غير طلب جاز، وكان بها متطوعاً، لأنها استظهار في التوثيق لصاحب الحق، كالمتحمل للخبر إذا ابتدأ بروايته من غير طلب جاز وكان بها متطوعاً.

ولا يسقط عن الشاهد فرض الأداء بهذا الإشهاد إذا أحدث التنازع مع إمكان الشهادة، فإن انقطع التنازع، سقط عنه فرض الأداء والإشهاد معاً.

فصل: والفصل الثاني: ما تجوز فيه الشهادة على الشهادة.

وهو معتبر بالحق المشهود فيه وهو ضربان:

أحدهما: ما كان من حقوق الآدميين.

والثاني: ما كان من حقوق الله تعالى.

فأما حقوق الآدميين فتجوز فيها الإشهاد على الشهادة، سواء كان مما لا يثبت

بشاهدين كالنكاح، والطلاق، والعتق، والنسب، والقصاص، والقذف، أو كان يثبت بشاهد وامرأتين كالأموال، أو كان يثبت بالنساء منفردات كالولادة وعيوب النساء.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز الشهادة على الشهادة فيما يسقط بالشبهة كحد القذف والقصاص. ويجوز فيما عداه من حقوق الآدميين المحضة.

وبه قال بعض أصحاب الشافعي استدلالاً بأن ما سقط بالشبهة كان محمولاً على التخفيف، والشهادة على الشهادة تغليظ فتنافيا.

وهذا فاسد، لأن حقوق الآدميين موضوعة على التغليظ وفيما عدا الأموال التي يجوز أن يستباح بالإباحة فلما صحت الشهادة على الشهادة في الأموال التي هي أخف، كان جوازها في المغلظ أحق.

وأما حقوق الله تعالى المحضة، كحد الزنا وشرب الخمر والقطع في السرقة، ففي جواز الشهادة فيها على الشهادة قولان منصوصان:

أحدهما: تجوز الشهادة فيها على الشهادة، وتثبت بشهود الفرع كثبوتها بشهود الأصل، اعتباراً بحقوق الآدميين، لأن حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالعفو أحق بالاستيفاء مما يجوز أن يسقط بالعفو.

والقول الثاني: وبه قال أبو حنيفة أنه لا تجوز فيها الشهادة على الشهادة، ولا تثبت إلا بشهود الأصل دون شهود الفرع، لأنها موضوعة على سترها وكتمانها ودرئها بالشبهات. لقول النبي ﷺ: «ادْرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ مَا اسْتَطَعْتُمْ».

وقوله عليه السلام: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ».

فكانت لأجل ذلك منافية لتأكيدها بالشهادة على الشهادة.

وكذلك القول في كتاب القاضي إلى القاضي، كالقول في الشهادة على الشهادة. تجوز في حقوق الآدميين، وفي جوازها في حقوق الله تعالى قولان.

فصل: والفصل الثالث: في صفة الإشهاد على الشهادة.

وهو معتبر بما تحمله شاهد الأصل. وله في صحة تحمله حالتان:

إحداهما: أن يشاهد السبب الموجب للحق من حضوره عقد بيع أو إجارة أو نكاح يسمع فيه البذل والقبول، أو مشاهدته لقتل أو إتلاف مال، أو سماعه للفظ القذف، فيصح تحمله من غير إقرار ولا استرعاء. ويجوز أن يشهد به، ويشهد على نفسه بمثل ما تحمله.

والحال الثانية: أن يشهد على الإقرار بالحق، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يسمع إقرار المقر عند الحاكم وهو يقول: «لفلان عليّ كذا درهم» فيصح تحمل الشاهد لهذا الإقرار من غير أن يسترعيه المقر للشهادة، ويقول «أشهد علي بهذا»، لأن العرف في الإقرار عند الحكام أن لا يكون إلا بالحقوق الواجبة فاستغنى بالعرف عن الاسترعاء.

والضرب الثاني: أن لا يسمع إقراره عند غير الحاكم. إما عند الشاهد أو عند غير الشاهد، فقد اختلف أصحابنا في صفة التحمل للشهادة بهذا الإقرار، هل يفتقر إلى استرعاء المقر؟ والاسترعاء أن يقول: أشهد عليّ أن لفلان عليّ كذا فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وطائفة، أن التحمل للشهادة لا يصح إلا بالاسترعاء بها، فإن سمع الشاهد الإقرار من غير استرعاء لم يصح تحمله ولم يجز أن يشهد به، لاحتمال أن يرد بذلك: عليّ ألف درهم أقرضك إياها، أو آهبها لك، فلا يلزمه ما أقر به. فلذلك لم يصح التحمل.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن تحمل الإقرار صحيح وإن تجرد عن الاسترعاء، والشهادة به جائزة لتعلق الحكم بالظاهر دون السرائر.

ويجوز على هذا الوجه إذا اختبأ الشاهد حتى سمع إقرار المقر: أن لزيد علي ألفاً، والمقر غير عالم بحضور الشاهد وسماعه، أن يتحمل هذه الشهادة ويشهد بها على المقر. إلا أن يكون في المقر غفلة تتم بها الحيلة عليه والخداع، فلا يصح تحمل الشهادة من المختبىء حتى يراه المقر أو يعلم به.

وسوى أبو حنيفة بين ذي الغفلة وغيره في صحة تحمل المختبىء.

والفرق بينهما أولى لتمام الحيلة على الغافل وانتفائها عن الضابط فهذان الوجهان في وجوب الاسترعاء.

والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن يعتبر حال الإقرار، إن اقترن به قول أو أمارة تدل على الوجوب استغنى تحمله عن الاسترعاء، والقول مثل أن يقول «له علي ألف درهم بحق واجب».

والأمارة أن يحضر المقر عند الشاهد ليشهد على نفسه فيعلم شاهد الحال أنه إقرار بواجب.

وإن تجرد الإقرار عما يدل على الوجوب من قول أو أمارة، افتقر إلى الاسترعاء ولـم يصح تحمل الشهادة على إطلاقه.

فإن أراد الشاهد أن يشهد بهذا الإقرار عند الحاكم، لزمه أن يذكر في شهادته صفة الإقرار. فإن كان بالاسترعاء قال في شهادته: أشهد أنه أقر عندي وأشهدني على نفسه، فإن لم يقل: أشهد، وقال: أقر عندي، وأشهدني على نفسه كان إخباراً ولـم تكن شهادة.

فلم يجز للحاكم أن يحكم بها حتى يقول: أشـهدأنه أقر عندي وأشهدني على نفسه، لأن الحكم يكون بالشهادة دون الخبر.

وإن كـان الشـاهـد قـد حضـر المقـر وأقـر عنـده مـن غيـر استـرعـاء قـال فـي شهادته: «أشهد إنه أقر عندي بكذا» ولا يقول: «وأشهدني على نفسه»، ليجتهد الحاكم رأيه في صحة هذا التحمل وفساده.

وإن كـان الشـاهـد قـد سمـع إقـرار المقـر مـن غيـر حضـور عنـده قـال فـي شهادته: «أشهد إني سمعته يقر بكذا» ولا يقول أقر «عندي» ليكون الحاكم هو المجتهد دون الشاهد.

فإن أراد الشاهد أن يجتهد رأيه في صحة هذا التحمل وفساده نظر:

فإن أراد الشاهد أن يجتهد رأيه في صحة الإقرار وفساده لـم يجز، وكان الحاكم أحق بهذا الاجتهاد.

وإن أراد أن يجتهد رأيه في لزوم الأداء وسقوطه عنه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لاختصاصه بوجوب الأداء.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن في الإقرار حقاً لغيره.

[القول في صحة تحمل شاهد الفرع وأدائه]

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شاهد الأصل في صحة تحمله الشهادة، انتقل الكلام إلى شاهد الفرع في صحة تحمله وصحة أدائه.

فأما تحمله فمعتبر في شاهد الأصل وله في تحمل شاهد الفرع عنه ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يذكر شاهد الأصل السبب الموجب للحق بلفظ الشهادة، فيقول: أشهد إن لفلان على فلان ألفاً من ثمن أو غصب أو صداق، فإذا سمعه شاهد الفرع صح تحمله للشهادة عنه وإن لـم يسترعه إياها، وفيه لبعض أصحابنا البصريين وجه آخر

أنه لا يصح تحمله إلا بالاسترعاء لما فيه من الاحتمال بالوعد، وليس بصحيح، لأن ذكر السبب تعيين من الاحتمال.

والحال الثانية: أن يشهد شاهد الأصل بالشهادة عند الحاكم، فإن سمعه شاهد الفرع صح تحمله لها وإن لم يسترعه إياها، لأن الحاكم ملزم، فلم تكن الشهادة عنده إلا بما لزم.

والحال الثالثة: أن يقول شاهد الأصل: أشهد إن لفلان على فلان ألفاً. فإذا سمعه شاهد الفرع لم يصح تحمله إلا بالاسترعاء وجهاً واحداً، وإن كان في المقر على وجهين:

والفرق بين المقر والشاهد من وجهين:

أحدهما: أن الحق في الشاهد لازم لغير الشاهد، فوجب أن يغلظ حكمه بالاسترعاء ليتحقق صحة الإلزام بنفس الاحتمال.

والحق في الإقرار لازم للمقر لا يتعداه فيتحقق حكمه في صحة الإلزام، لأنه لو كان فيه احتمال لما استظهر به لنفسه.

والثاني: أن الإقرار خبر وشروط الشهادة أغلظ من شروط الخبر لصحة إخبار من لا يصح شهادته من العبيد والنساء، ولذلك اعتبر الاسترعاء في الشهادة وإن لم يعتبر في الإقرار، ولذلك قبل رجوع الشاهد ولم يقبل رجوع المقر.

وإذا كان الاسترعاء معتبراً في الشهادة فالاسترعاء أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع:

«أشهد أن لفلان على فلان ألفاً فأشهد على شهادتي وعن شهادتي».

فأما قوله: «فأشهد على شهادتي» استرعاء لا يصح التحمل إلا به.

«فلو قال فأشهد أنت بها» لم يكن استرعاء، حتى يقول: «فأشهد على شهادتي نص عليه الشافعي.

وأما قوله: «وعن شهادتي» فهو إذن له في النيابة عنه في الأداء.

واختلف أصحابنا هل هو شرط في صحة التحمل ومعتبر في جواز الأداء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه شرط معتبر في صحة التحمل والأداء، لأن شاهد الفرع نائب عن شاهد الأصل في الأداء فاعتبر فيه الإذن بالنيابة كالوكيل والوصي، وهذا قول البصريين.

والوجه الثاني: يصح التحمل والأداء مع تركه، لأن الشهادة على شهادته ليست من حقوقه، فلم يعتبر فيه إذنه، وهذا قول البغداديين.

[القول في شروط أداء شاهد الفرع]

فصل: وأما صحة الأداء فمعتبرة بشاهد الأصل وصحة أدائه معتبرة بخمسة شروط:

أحدها: أن يصح تحمله على الشروط المعتبرة فيه، فإذا أخل بشرط منها لم يصح أداؤه.

والشرط الثاني: أن يكون مقيماً على شهادته غير راجع عنها، فإن رجع عنها قبل الأداء لم يصح أداؤه، ولو رجع بعد الأداء وقبل الحكم بطل الأداء، ولو رجع بعد الحكم بالأداء، لم يبطل الحكم برجوعه.

والشرط الثالث: أن يكون شاهد الأصل غير قادر على أداء الشهادة، إما لغيبة أو زمانة أو موت، فإن كان قادراً على أداء الشهادة لم يكن لشاهد الفرع أن يؤديها عنه، لأن الأصل أقوى من الفرع، وإذا وجدت القوة في الشهادة لم يجز إسقاطها، وخالفت الوكالة في جوازها عن الحاضر، لأن الحاضر قد يضعف عن استيفاء حجته كالغائب.

وخالفت الخبر في جواز قبولها من المخبر مع وجود المخبر عنه، لأن الخبر يلزم المخبر والمستخبر والشهادة تلزم المشهود عليه دون الشاهد.

فلو شهد شاهد الفرع لغيبة شاهد الأصل أو مرضه، ثم قدم شاهد الأصل من سفره أو صح من مرضه نظر:

فإن كان بعد نفوذ الحكم بشهادة الفرع لم تسمع شهادة الأصل.

وإن كان قبل نفوذ الحكم بها سمعت شهادة الأصل ولم ينفذ الحكم بشهادة الفرع.

فأما الغيبة التي تجوز معها شهادة الفرع، فقد اعتبرها أبو حنيفة بمدة القصر وهي مسافة ثلاثة أيام عنده.

واعتبرها أبو يوسف بأن يكون إذا رجع إليها في أول النهار لم يقدر على العود منها قبل الليل إلى وطنه.

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أنها معتبرة بلحوق المشقة في عوده، لأن دخول المشقة على الشاهد يسقط عنه فرض الأداء.

الشرط الرابع: أن يسمي شاهد الأصل في أدائه بما يعرف به، فإن أغفل ذكره لم يصح أداؤه، لأنه فرعه، وقد يكون الأصل غير مرضي فتكون الشهادة مردودة وإن كان الفرع مرضياً فقبولها معتبر بعدالة الأصل والفرع، وإن قال شاهد الفرع: «أشهدني شاهد عدل رضى» لم تقبل شهادته حتى يسميه. لأن تزكية الشهود إلى الحاكم دون غيره.

والشرط الخامس: أن يؤدي الشهادة على الصفة التي تحملها، فإن كان قد تحمل عن شاهد الأصل لذكره لسبب وجوب الحق من بيع أو قرض، ذكره في أدائه عنه.

فقال «أشهد أن فلان ابن فلان الشاهد أشهدني على شهادته وعن شهادته، أن فلان ابن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن عليه لفلان ابن فلان ألف درهم». فتصح الشهادة بهذا الأداء.

فإن قال «أشهدني على شهادته» ولم يقل «وعن شهادته» ففي صحة أدائه وجهان تعليلاً بما قدمناه.

وهذا أصح ما قيل في أداء الشهادة على الشهادة.

فإن قال شاهد الفرع: أشهد عن فلان ابن فلان الشاهد جاز.

ولو قال: «أشهد عليه» لم يجز، لأن الحق على المقر لا على الشاهد.

فصل: والفصل الرابع: من يصح أن يكون مؤدياً للشهادة على الشهادة.

مذهب الشافعي، أنهم الرجال دون النساء، سواء كانت شهادة الأصل مما تقبل فيها النساء أو لا تقبل.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: تقبل شهادة النساء في الفروع إذا قبلت شهادتهن في الأصل، لأن حكم الفرع يعتبر بالأصل.

وهذا فاسد، لأن المقصود بشهادة الفرع إثبات شهادة الأصل والمقصود بشهادة الأصل إثبات الحق، فصارت صفة الحق معتبرة في شهادة الأصل، وصفته غير معتبرة في شهادة الفرع، وإذا سقط اعتبار الحق سقطت شهادة النساء.

فإن كانت شهادة الأصل مما يحكم فيه بالشاهد واليمين، فيحملها في الفرع شاهد واحد وأراد صاحب الحق أن يحلف مع الشاهد الواحد، كما كان له أن يحلف مع الشاهد الواحد في الأصل لم يجز، لأن شهادة الأصل لا تثبت بشاهد ويمين، وإن جاز أن يثبت الحق بشاهد ويمين.

فإن شهد شاهدان في الفرع عن شاهد واحد في الأصل، وأراد صاحب الحق أن يحلف معها جاز، لأنه قد يثبت بهما شهادة الواحد، فجاز أن يحلف معه، لأن له أن يحلف مع الشاهد الواحد، لأن يمينه لإثبات حقه وليست لإثبات الشهادة والله أعلم.

[القول في تحمل شاهد الفرع وأدائه]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا سَمِعَ الرَّجُلَانِ الرَّجُلَ يَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ لَهُمَا اشْهَدَا عَلَى شَهَادَتِي فَلَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَشْهَدَا بِهَا وَلَا لِلْحَاكِمِ أَنْ يَقْبَلَهَا لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَرْعِهِمَا إِيَّاهَا وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَقُولَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَعَدَهُ بِهَا وَإِذَا اسْتَرْعَاهُمَا إِيَّاهَا لَمْ يَفْعَلْ إِلَّا وَهِيَ عِنْدَهُ وَاجِبَةٌ».

قال الماوردي: هذا مما قد مضى فيه الفصول الأربعة، لأن الشهادة على الشهادة تكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يذكر شاهد الأصل في شهادته السبب الموجب للحق أن لفلان على فلان ألف درهم من ثمن مبيع أو أجرة أرض أو قرض. فيصح أن يتحمله شاهد الأصل من غير استرعاء، وفيه لبعض البصريين وجه آخر أنه لا يصح التحمل إلا بالاسترعاء.

والوجه الثاني: أن يشهد شاهد الأصل عند الحاكم بالحق فإذا سمعه شاهد الفرع صح تحمله وإن لم يسترعه.

والوجه الثالث: أن يشهد شاهد الأصل عند شاهدي الفرع، أو سماعهما من غير قصد الشهادة يقولان «نشهد أن لفلان على فلان ألف درهم»، ولم يذكرا سبب وجوبها، لم يصح تحمل شاهدي الفرع إلا بالاسترعاء. لأنه يحتمل أن تكون عليه ألف درهم وعده بها، فإذا استرعاهما إياها لم يفعل إلا وهي واجبة.

وهذا صحيح، لأن الاسترعاء وثيقة، والوثائق تستعمل في الواجبات، فصار الاحتمال بالاسترعاء منتفياً.

فأما تحمل الإقرار، ففي اعتبار الاسترعاء ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: يعتبر فيه كما تعتبر في تحمل الشهادة على الشهادة لما فيها من الاحتمال.

والوجه الثاني: لا يعتبر الاسترعاء في الإقرار، وإن كان معتبراً في الشهادة، لأن الإقرار أوكد من الشهادة، ولذلك لو رجع المقر لم يقبل رجوعه ولو رجع الشاهد قبل رجوعه.

فصل: فإذا كان الاسترعاء في الإقرار معتبراً فقال الشاهد للمقر: «أشهد عليك بذلك»؟ فقال: نعم، كان هذا استرعاء صحيحاً، ولو قال: أشهد، فقد اختلف أصحابنا في صحة الاسترعاء بذلك على ثلاثة أوجه،

أحدهما: أن قوله «أشهد» استرعاء صحيح كقوله «نعم» بل هو آكد لما فيه من لفظ الأمر.

والوجه الثاني: أن لا يكون قوله «أشهد» استرعاء لما فيه من الاحتمال أن يشهد بها على غيره. أو يشهد على بعضها.

والوجه الثالث: أن قال له «أشهد» لم يكن استرعاء ولو قال: أشهد علي كان استرعاء لنفي الاحتمال بقوله «عليّ» ولو قال له أشهد عليّ بذلك كان استرعاء صحيحاً على الوجوه الثلاثة لانتفاء وجوه الاحتمال. وهذا أبلغ في التأكيد من قوله نعم.

وإن قيل: إن الاسترعاء في الإقرار ليس بمعتبر، فقال الشاهد للمقر أشهد عليك بذلك؟ فقال: لا، ففي بطلان الشهادة به وجهان:

أحدهما: قد بطلت بقوله لا.

والثاني: لا تبطل، لأن الرجوع في الإقرار غير مقبول.

[القول في سؤال القاضي عن جهة التحمل]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأُحِبُّ لِلْقَاضِي أَنْ لاَ يَقْبَلَ هَذَا مِنْهُ وَإِنْ كَانَ عَلَى الصِّحَّةِ حَتَّى يَسْأَلَهُ مِنْ أَيْنَ هِيَ؟ فَإِنْ قَالَ بِإِقْرَارٍ مِنْهُ أَوْ بِبَيْعٍ حَضَرْتُهُ أَوْ سَلَفٍ أَجَازَهُ وَلَوْ لَمْ يَسْأَلْهُ رَأَيْتُهُ جَائِزاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ينبغي للشاهد إذا شهد عند الحاكم بحق على رجل أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق، وحتى لا يحوج الحاكم أن يسأل عن سبب وجوبه.

فيقول: «أشهد إنه أقر عندي أو حضرت عقد بيع وجب به، فإن أغفل الشاهد ذكر السبب فقال: أشهد إن له عليه ألف درهم ينبغي للحاكم أن يقول له: «من أين شهد عليه؟ ولا يقول: كيف شهدت عليه، لأن قوله: كيف شهدت عليه؟ قدح، وقوله: من أين شهدت عليه؟ استخبار، وللحاكم أن يستخبر الشاهد، وليس له أن يبتدىء بالقدح فيه.

فإذا سأله الحاكم: من أين شهدت عليه؟ فينبغي للشاهد أن يبين له، هل شهد

على إقراره بالحق، أو عن حضور السبب الموجب للحق ليزول به الاحتمال عن شهادته.

فإن سأله الحاكم وأجابه الشاهد، فقد قام كل واحد منهما بما عليه ولزم الحكم بالشهادة، إذا صحت.

وإن سأله [الحاكم] فلم يجبه الشاهد، فقد قام الحاكم بما عليه من السؤال، وقصر الشاهد فيما إليه من الجواب، فينظر الحاكم في حال الشاهد، فإن كانت فيه غفلة، لم يحكم بشهادته، لاحتمالها مع الغفلة، وإن كان ضابطاً متيقظاً، حكم بشهادته لانتفاء الاحتمال بالضبط والتيقظ.

وإن لم يسأله الحاكم، فالحاكم هو المقصر، وحكمه إن حكم بالشهادة نافذ، لأن سؤاله استظهار، وتحمل الشهادة على ظاهر الصحة إلى أن يثبت ما ينافيها والله أعلم.

[القول في تزكية شهود الأصل]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ وَلَمْ يُعَدِّلَاهُ قَبِلَهُمَا وَسَأَلَ عَنْهُ فَإِنْ عَدَلَ قَضَى بِهِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا شهد شاهدا الفرع عند الحاكم على شهادة شاهد الأصل لم يخل حالهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يسمياه ويعدلاه، فيحكم بشهادتهما عليه بما تحملاه عنه وبتعديلهما له.

وقال مالك: لا أحكم بشهادتهما في تعديله، لأنهما متهومان فيه لما يتضمنها من إمضاء الحكم بشهادتهما حتى يشهد غيرهما بعدالته، فإن لم يشهد غيرهما كان الحكم بشهادتهما مردوداً.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن عدالتهما تنفي عنهما هذه التهمة.

والثاني: أنه لو كانت هذه التهمة في إمضاء شهادتهما عنه يوجب رد شهادتهما بعدالته، ولوجب لأجلها رد جميع شهادتهما، لأن الشاهد إنما يشهد لإمضاء الحكم بشهادته، وهذا مدفوع بالإجماع فكان ذلك مدفوعاً بالحجاج.

فصل: والقسم الثاني: أن لا يسمياه ولا يعدلاه.

فلا يصح هذا الأداء، ولا يحكم بهذه الشهادة، لأن الحكم بها معتبر بعدالة شهود الفرع وشهود الأصل، ولا يعرف عدالة من لم يسم.

ويجوز على قياس قول أبي حنيفة في قبول الخبر المرسل أن تقبل هذه الشهادة فإن التزم جرى على القياس، وإن خالف فيه ناقض.

ونحن نجري على القياس في ردهما.

[القول في حكم تسمية شاهد الفرع لشاهد الأصل من غير تعديل]

فصل: والقسم الثالث: أن يسمياه ولا يعدلاه.

فيسمع الحاكم شهادتهما ويكشف عن عدالة شاهد الأصل من غيرهما.

وحكي عن عبيد الله بن الحسن العنبري وسفيان الثوري وأبي يوسف أن الحاكم لا يسمع هذه الشهادة حتى يعدل شهود الفرع شاهد الأصل، فإن عدله غيرهما لم يحكم بشهادتهما.

وهو مذهب مالك: لأن ترك تزكية شاهدي الفرع لشاهد الأصل ريبة: والشهادة مع الاسترابة مردودة.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن التزكية لا يعين فيها المزكي، وقد عينوها.

والثاني: أن الشهادة كالخبر، ولما كان ناقل الخبر عن راويه يجوز تزكيته من غير ناقله، كذلك الشهادة يجوز فيها تزكية شاهدي الأصل من غير شهود الفرع.

[القول في تعديل شاهد الفرع لشاهد الأصل من غير تسمية]

فصل: والقسم الرابع: أن يعدلاه ولا يسمياه.

فلا يحكم بشهادتهما حتى يسمياه.

وحكي عن محمد بن جرير الطبري أنه قال: يجوز الحكم بها إذا زكى شاهد الأصل ولم يسميه، لأن العدالة هي المعتبرة دون الاسم.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه قد يجوز أن يكون عدلاً عندهما فاسقاً عند غيرهما، فصار مجهول الحال بإغفال تسميته.

والثاني: أن للحاكم أن يطرد المشهود عليه جرح الشهود، ولا يمكنه إطراد جرح من لم يسم. والله أعلم.

[القول في العدد في شهود الفرع]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ رَجُلاَنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ فَقَدْ رَأَيْتُ كَثِيراً مِنَ الحُكَّامِ وَالمُفْتِينَ يُجِيزُونَهُ (قال المزني) وَخَرَّجَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ وَقَطَعَ فِي مَوضِعٍ آخَرَ بِأَنَّهُ لاَ تَجُوز شَهَادَتُهُمَا إِلاَّ عَلَى وَاحِدٍ مِمَّنْ شَهِدَا عَلَيْهِ وَآمُرُهُ بِطَلَبِ شَاهِدَيْنِ عَلَى الشَّاهِدِ الآخَرِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَمَنْ قَطَعَ بِشَيْءٍ كَانَ أَوْلَى بِهِ مِنْ حِكَايَتِهِ لَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذه المسألة أن العدد معتبر في شهود الفرع لاعتباره في شهود الأصل، لأن الشهادة لا تخلو من اعتبار العدد فيها، أصلاً كانت أو فرعاً، فإذا كانت شهادة الأصل معتبرة بشاهدين، فلشهادة الفرع ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشهد في الفرع شاهدان على شهادة أحد شاهدي الأصل، ويشهد آخران على الشاهد الآخر، فيصير شهود الفرع أربعة يتحمل عن كل واحد من الاثنين اثنان، فهذا متفق على جوازه وهو أولى ما استعمل فيه.

والحال الثانية: أن يشهد في الفرع واحد على شهادة أحدهما أو يشهد آخر على شهادة الآخر، فهذا غير مجزي لا يختلف فيه مذهبنا، وهو قول جمهور الفقهاء.

وحكي عن عبيد الله بن الحسن العنبري وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأحمد وإسحاق جوازه، استدلالاً بأن أصل الحق لما ثبت بشاهدين، جاز أن ينوب عن كل واحد واحد، فتصير نيابتهما بشاهدين.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه مفضٍ إلى أن يصير العدد معتبراً في الأصل دون الفرع، وحكم الفرع أغلظ من حكم الأصل.

والثاني: أن شهادة الفرع موجبة لثبوت شهادة الأصل، ولا تثبت بالواحد شهادة الواحد.

والحال الثالثة: أن يشهد في الفرع شاهدان على أحد شاهدي الأصل ثم يشهدان معاً على الشاهد الآخر، فيتحمل شاهد الفرع عن كل واحد من شاهدي الأصل ففيه قولان:

أحدهما: يجوز، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأكثر فقهاء الحجاز والعراق.

والقول الثاني: لا يجوز وهذا اختيار المزني.

وهذان القولان محمولان على أصل، وهو أن ثبوت الحق، هل يكون بشهود الأصل أو بشهود الفرع؟ وفيه قولان:

أحدهما: أنه يثبت بشهود الأصل، ويتحمله عنهم شهود الفرع، لأنه يعتبر شرط الشهادة إذا كان مما يعاين في شهود الأصل دون شهود الفرع ويتحمله عنهم شهود الفرع، فعلى هذا يصح أن يشهد شاهدا الفرع عن كل واحد من شهود الأصل.

والقول الثاني: أن الحق يثبت بشهود الفرع، وهم يتحملون الشهادة عن شهود الأصل، لجواز شهادتهم بعد موت شهود الأصل، فعلى هذا إذا تحمل شاهدا الفرع عن أحد شاهدي الأصل، لم يكن لهما أن يتحملا عن الشاهد الآخر.

ووهم أبو حامد الإسفراييني فعكسه، وجعل ثبوت الحق بشهود الأصل مانعاً من أن يشهد شاهد الفرع على كل واحد من شاهدي الأصل، وجعل ثبوته بشهود الأصل تجوز أن يشهد كل واحد من شاهدي الفرع على كل واحد من شاهدي الأصل.

وهذا عكس الصواب، لأن الحق إذا ثبت بشهود الأصل فهو تحمل بحق كل واحد، ويجوز ثبوته بشاهدين، فإذا بشهود الفرع فهو تحمل للشهادة بشاهدين، فلم يجز أن يتحملاها عنهما، لأنهما يصيران فيها كأحد الشاهدين، وهذا دليل على الوهم، وفرق ما بينهما في الحكم.

ثم الدليل على توجيه القولين في غير المسألة، أنه إن قيل: يجوز لشاهدي الفرع أن يشهدا عن كل واحد من شاهدي الأصل فدليله من وجهين:

أحدهما: أنها شهادة على شخصين فجاز أن يجتمعا عليها في حق واحد، كما جاز أن يجتمعا عليها في حقين.

والثاني: أن اجتماعهما عليها في الحق الواحد أوكد من اجتماعهما عليها في حقين؛ لأنه في الحق الواحد موافق وفي الحقين غير موافق.

وإن قيل: إنه لا يجوز لشاهدي الفرع إذا شهدا على أحد الشاهدين أن يشهدا على الآخر حتى يشهد عليه غيرهما، فدليله من وجهين:

أحدهما: أنهما قد قاما في التحمل عن أحدهما مقام شاهد واحد وذلك الحق، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صارا كالشاهد إذا شهدا بذلك الحق مرتين، ولا تتم الشهادة بهذا كذلك بالشاهدين.

والثاني: أنه لما لم يقبل من شاهد الأصل حتى يشهد معه غيره، لم يقبل من شاهدي الفرع حتى يشهد معهما غيرهما.

[القول في اعتبار العدد بحسب الأحكام]

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، انتقل الكلام إلى اعتبار العدد في شهود الفرع، وهو معتبر بالعدد في شهود الأصل، والعدد المعتبر في الشهادة على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون مما لا يثبت إلا بالشاهدين. كالنكاح والطلاق والقصاص والعتق والنسب. ففي العدد المعتبر في شهود الفرع قولان:

أحدهما: شاهدان يتحملان عن كل واحد من شاهدي الأصل. إذا جعل ثبوت الحق بشهود الأصل.

والقول الثاني: أربعة يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل اثنان إذا جعل ثبوت الحق بشهود كالفرع.

والضرب الثاني: أن يكون مما يثبت بشاهد وامرأتين كالأموال. ففي العدد المعتبر في شهود الفرع قولان:

أحدهما: شاهدان يتحملان عن كل واحد من الرجل والمرأتين، إذا جعل ثبوت الحق بشهود الأصل.

والقول الثاني: ستة يتحملون كل اثنين منهم عن واحد من الثلاثة، إذا جعل ثبوت الحق بشهود الفرع.

والضرب الثالث: أن يكون مما لا يثبت إلا بأربعة رجال كالشهادة على الزنا، فإن قيل: إن الشهادة على الشهادة في حقوق الله تعالى لا تجوز، لم يجز تحمل الشهادة فيها.

وإن قيل بجوازها في حقوق الله تعالى كجوازها في حقوق الآدميين، كان عدد الشهود معتبراً بأصلين، في كل واحد من الأصلين قولان.

أحد الأصلين: في شاهدي الفرع إذا شهدا على كل واحد من شهود الأصل، هل يجوز أن يشهدا على غيره منهم؟ وفيه قولان:

والأصل الثاني: أن الإقرار بالزنا، هل يثبت بشاهدين أو لا يثبت إلا بأربعة كالشهادة على فعل الزنا؟ وفيه قولان لأن تحمل الشهادة كالإقرار فصار باجتماع هذين الأصلين في عدد شهود الفرع أربعة أقاويل:

أحدهما: اثنان يتحملان عن كل واحد من الأربعة. إذا جعل شاهدي الفرع أن

يتحملا عن كل واحد من شهود الأصل، وجعل ثبوت الإقرار بالزنا بشاهدين.

والقول الثاني: أن شهود الفرع فيه أربعة أقاويل إذا قيل: إن الإقرار بالزنا لا يثبت [إلا بأربعة، وجعل لشهود الفرع أن يتحملوا عن كل واحد من شهود الأصل.

والقول الثالث: أن شهود الفرع فيه ثمانية، إذا قيل: إنه لا يتحمل شهود الفرع إلا عن واحد من شهود الأصل وقيل: إن الإقرار بالزنا يثبت بشاهدين][١].

والقول الرابع: أن شهود الفرع فيه ستة عشرة، إذا منع شهود الفرع من أن يشهدوا إلا عن واحد، وقيل: إن الإقرار بالزنا لا يثبت إلا بأربعة ليشهد كل أربعة عن كل واحد من الأربعة.

والضرب الرابع: ما يكون ثبوته بأربع نسوة كالولادة، والاستهلال، والرضاع وعيوب النساء الباطنة ففي عدد الشهود في الفرع قولان:

أحدهما: اثنان يتحملان عن كل واحدة من النسوة الأربعة.

والقول الثاني: ثمانية يتحمل كل اثنين منهم عن واحدة من النساء الأربعة. والله أعلم بالصواب.

(١) سقط في ا.

[بَابُ الشَّهَادَة عَلَى الحُدُودِ وَجَرْح الشُّهُودِ]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا سَأَلَهُمْ الإِمَامُ أَزَنَى بِامْرَأَةٍ؟ لأَنَّهُمْ قَدْ يَعُدُّونَ الزِّنَا وُقُوعاً عَلَى بَهِيمَةٍ وَلَعَلَّهُمْ يَعُدُّونَ الاسْتِمْنَاءِ زِناً فَلاَ يُحَدُّ حَتَّى يُثْبِتُوا رُؤْيَةَ الزِّنَا وتغييبَالفَرْجِ فِي الفَرْجِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ أَجَازَ فِي كِتَابِ الحُدُودِ أَنَّ إِتْيَانَ البَهِيمَةِ كَالزِّنَا يُحَدُّ فِيْهِ قَالَ وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَنَّهُ زَنَى بِهَا فِي بَيْتٍ وَاثْنَانِ مِنْهُمْ فِي بَيْتٍ غَيْرِهِ فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِمَا وَمِنْ حَدِّ الشُّهُودِ إِذَا لَمْ يُتِمُّوا أَرْبَعَةَ حَدَّهُمْ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَطَعَ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ بِحَدِّهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن حد الزنا مغلظ على سائر الحدود لثلاثة أمور:

أحدها: أنه يفضي إلى إتلاف النفوس.

والثاني: أنه يدخل به تعدي المعرة الفاضحة.

والثالث: أنه يفسد به النسب اللاحق.

ولذلك وجب الحد على القاذف به صيانة للأعراض وحفظاً للأنساب، وتغليظه من وجهين:

أحدهما: في عدد الشهود، وهم أربعة خص بهم الزنا من جميع الحدود. لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمَونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

ولا يوجب الحد بأقل من أربعة عدول لا امرأة فيهم.

والوجه الثاني: تغليظه بالكشف عن حال الشهادة حتى تنتفي عنها الاحتمال من كل وجه ويشمل هذا الكشف على ثلاثة فصول:

أحدها: عن حال الزنا.

والثاني: عن صفته.

والثالث: عن مكانه.

فأما الفصل الأول: في السؤال عن حال الزنا.

فيسأل الحاكم شهود الزنا: عن الزنا؟

لأن استدعاء الشهوة بالإنزال المحظور، قد يكون من أربعة أحوال:

أحدها: الزنا بامرأة؛ وهو صريح الزنا اسماً وحكماً، فإذا قالوا: «زنى بامرأة». لم يسمع الحاكم هذا منهم حتى يقولوا مَنِ المرأة، لأنها ربما كانت زوجته أو أمته، كان وطؤها حلالاً، وإن كانت ذات شبهة كان وطؤها مشتبهاً يسقط فيه الحد، ولزم بيانها ليعلم أن وطأها زنا، وبيانها يكون من أحد وجهين:

أحدهما: إما أن تعين بالتسمية لها، أو بالإشارة إليها، فيصيروا شاهدين عليها بالزنا.

وإما أن يطلقوا ويقولوا: زنا بأجنبية منه، غير مسماة ولا معينة، فتصح الشهادة عليه دونها، ولا يلزم في الشهادة أن يقولوا: وطئها بغير شبهة، لأنها معتقدة غير مشاهدة، لاختصاصها بمعتقد الواطىء، فإن ادعاها، قبلت إذا أمكنت، ولا يكون الشهود معها قذفة.

وهكذا لو شهدوا على امرأة بالزنا، لم تقبل شهادتهم حتى يذكروا الزاني بها من أحد الوجهين. إما بالتسمية أو بالإشارة فيصيروا شاهدين عليهما بالزنا، وإما أن يطلقوا فيقولوا: زنى بها أجنبي منها، فيصيروا شاهدين عليها دونه.

فصل: والحال الثانية: اللواط.

فيقولوا: تلوط بغلام، فعند أبي حنيفة لا حدّ فيه:

وعندنا أن الحد فيه واجب وفيه قولان:

أحدهما: أنه كحد الزنا، وهو جلد مائة إن كانا بكرين والرجم إن كانا ثيبين.

والقول الثاني: أنه يقتل الفاعل والمفعول به سواء كانا بكرين أو ثيبين. والتلوط بالمرأة كالتلوط بالغلام، يكون في أحد القولين موجباً لحد الزنا، وفي القول الثاني موجباً للقتل.

فصل: والحال الثالثة: إتيان البهيمة. وفيه ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه موجب للقتل. لما روي عن النبي ﷺ: «اقْتُلُوا الْبَهِيمَةَ وَمَنْ أَتَاهَا».

والقول الثاني: أنه موجب لحد الزنا، وهو اختيار المزني.

والقول الثالث: أنه موجب للتعزير، وهو اختيار أبي العباس بن سريج وأبي سعيد الإصطخري.

فإن قيل: إنه موجب للقتل أو لحدِ الزنا، لم يثبت بأقل من أربعة.

وإن قيل: إنه موجب للتعزير، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت بشاهدين، لأنه لما خرج عن حكم الزنا نقص عن شهود الزنا.

والوجه الثاني: لا يثبت بأقل من أربعة، لأن اختلاف الحد في الجنس لا يوجب اختلاف العدد في الشهادة، كما أن زنا العبد موجب لنصف الحد، وزنا البكر موجب للجلد، وزنا الثيب موجب للرجم، ولا يختلف عدد الشهود لاختلاف الحدود.

فإن قيل: إنه موجب للقتل، قتلت البهيمة التي أتاها، لأمر النبي ﷺ بقتله وقتلها. وقتلها ليس حداً عليها لسقوط التكليف عنها.

واختلف في معنى الأمر بقتلها.

وقيل: لئلا تأتي بخلق مشوه.

وقيل: لئلا تتذكر بمشاهدتها فعل من أتاها.

فإذا قتلت البهيمة وكانت لغير من أتاها، ففي وجوب غرم قيمتها لمالكها وجهان: ـ

أحدهما: لا غرم له لوجوب قتلها بالشرع.

والوجه الثاني: له قيمتها لاستهلاكها عليه بعدوان.

فعلى هذا في ملتزم قيمتها وجهان:

أحدهما: على من أتاها.

والثاني: في بيت المال.

فلو كانت هذه البهيمة مأكولة، فقد اختلف في إباحة أكلها على وجهين:

أحدهما: أنها مستباحة الأكل، فعلى هذا تذبح وتؤكل، ولا تغرم، ويكون ذبحها واجباً.

والوجه الثاني: لا تؤكل وتقتل، وفي وجوب غرمها وجهان.

وإن قيل: إن إتيان البهيمة موجب لحد الزنا، لم تقتل البهيمة، ووجب في القذف بها الحد.

وإن قيل: إنه موجب للتعزير لم يجب في القذف بها حد، وعزر القاذف كما يعزر الفاعل.

وقال أبو العباس بن سريج: يحد القاذف وإن عزر الفاعل.

وهذا فاسد، لأن حد القذف بالفعل أخف من حد الفعل، فلما لم يجز الفعل حد، فأولى أن لا يجب في القذف به.

فصل: والحال الرابعة: الاستمناء بالكف. وهو حرام.

وذهب بعض فقهاء البصرة إلى إباحته في السفر دون الحضر، لأنه يمنع من الفجور، ويبعث على غض الطرف.

وهذا فاسد لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾.

فصار المستمنى منسوباً إلى العدوان، ولأن النكاح مندوب إليه لأجل التناسل والتكاثر. قال النبي ﷺ: «تَنَاكَحُوا تَكَاثَرُوا فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى بِالسِّقْطِ».

وقال عمر رضي الله عنه: لولا الاستيلاد لما تزوجت.

والاستمناء بعيد عن الناكح، ويمنع من التناسل فكان محظوراً لكنه من صغائر المعاصي، فينهى عنه الفاعل، وإن عاد بعد النهي عزر، ولا يعتبر فيه شهود الزنا، ويقبل فيه شاهدين، وإن استحق فيه التعزير بعد النهي، ولا يجب في القذف به حد ولا تعزير إن لم يعزر الفاعل.

فصل: وأما الفصل الثاني: في صفة الزنا.

فلا يقتنع من الشهود أن يشهدوا بالزنا حتى يصفوه. لقول النبي ﷺ «العَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا الْبَطْشُ وَالرِجْلاَنِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا الْمَشْيُ وَيُصَدِّقُ ذَلِكَ وَيُكَذِّبُهُ الفَرَجُ».

ولأن النبي ﷺ استثبت ماعزاً بعد إقراره بالزنا فقال «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ لَعَلَّكَ لَمَسْتَ» قال: فعلت، بصريح اللفظ دون كنايته.

فإذا لزم ذلك في المقر كان في الشاهد أحق.

فإذا شهد أربعة على رجل بالزنا سألهم الحاكم: «كيف زنى؟ ولم يَحُدَّهُ قبل صفة الزنا.

ولأن عمر رضي الله عنه سأل من شهد على المغيرة بالزنا: كيف زنى؟

فقال أبو بكرة مع شبل بن معبد ونافع: رأينا ذكره يدخل في فرجها كدخول المرود في المكحلة.

وعرض زياد، وهو الرابع، فقال رأيت بطنه على بطنها، ورأيت أرجلاً مختلفة ونفساً يعلو واشتاً تنبو، فقال عمر: رأيت ذكره في فرجها؟ فقال: لا. فقال عمر: الحمد لله قم يا أرخى أجلد هؤلاء الثلاثة.

فجلدهم حد القذف، فلم يجلد المغيرة، لأن الشهادة عليه لم تكمل، ولم يجلد زياداً للقذف، لأنه عرض لم يصرح به.

فإذا كان كذلك، اعتبر ما وصفه الشهود.

فإن صرحوا بدخول ذكره في فرجها، كملت بهم الشهادة، وحد الشهود عليه حد الزنا، وسلم الشهود من حد القذف.

وإن لم يصرحوا جميعاً بدخول ذكره في فرجها، فلا حد على الشهود عليه، فأما الشهود، فإن قالوا في أول الشهادة، إنه زنى ووصفوا ما ليس بزنا، حدوا حداً واحداً.

لأنهم قد صرحوا بالقذف ولم يشهدوا بالزنا.

وإن لم يقولوا في أول الشهادة أنه زنى وشهدوا عليه بما ليس بزنا، لم يحدوا قولاً واحداً.

وإن وصف ثلاثة منهم الزنا، ووصف الرابع ما ليس بزنا، لم يحد الشهود عليه، لأن البينة بالزنا لم تكمل، وفي حد الثلاثة الذين وصفوا الزنا قولان:

أحدهما: يحدون لأن عمر رضي الله عنه حدهم لأنهم صاروا قذفة.

والقول الثاني: لا يحدون، لأنهم قصدوا الشهادة بالزنا ولم يقصدوا المعرة بالقذف.

فإن قيل بوجوب الحد عليهم لم تقبل شهادتهم حتى يتوبوا، وقبل خبرهم قبل التوبة، لأن أبا بكر حين حد قال له عمر: تب أقبل شهادتك، فامتنع وقال: والله لقد زنى المغيرة، فهم بجلدة مرة ثانية، فقال له علي عليه السلام: إنك إن جلدته رجمت

صاحبك، يعني أنك إن جعلت هذا غير الأول، فقد كملت به الشهادة فأرجم المغيرة، وإن كان هو الأول فقد جلدته.

وكان أبو بكرة بعد ذلك يقبل خبره، ولا تقبل شهادته.

وأما الرابع الذي وصف ما ليس بزنا فينظر في شهادته: فإن قال: إنه زنا، ثم وصف ما ليس بزنا حد قولاً واحداً.

وإن لم يقل زنا، ووصف ما ليس بزنا فلا حد عليه قولاً واحداً.

فصل: وأما الفصل الثالث: في ذكر الشهود مكان الزنا.

فهو شرط في الشهادة على الزنا على ما ذكره أصحابنا وإن لم يكن شرطاً في الإقرار بالزنا، فيجب على الحاكم أن يسألهم عنه، لأنهم قد يتفقون على زناه في مكان واحد فيجب عليه الحد، وقد يختلفون في المكان فلا يجب عليه الحد، فلذلك وجب سؤالهم عن مكان الزنـا فإن اتفقوا عليه حد الشهود عليه، وإن اختلفوا فاختلافهم على ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهم في بيتين فيقول بعضهم: زنى في هذا البيت ويقول آخرون: زنى في البيت الآخر، فلا حد على المشهود عليه، وفي حد الشهود قولان:

والضرب الثاني: أن يختلفوا في زاوية البيت فيقول بعضهم: زنى بها في هذه الزاوية من هذا البيت، ويقول آخرون: زنى بها في الزاوية الأخرى من هذا البيت.

فعند أبي حنيفة يجب عليهما الحد استحساناً لا قياساً، لأنهما قد يتعاركان فينتقلان بالزحف من زاوية إلى أخرى.

ولا حد عليه على مذهب الشافعي لعدم الاتفاق على المكان كالبيتين. ولا وجه لهذا، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ولا يحد بها.

وعلى قياس سؤالهم عن مكان الزنا، يجب سؤالهم عن زمان الزنا، لأن اختلاف الزمان كاختلاف المكان في وجوب الحد إن اتفق وسقوطه إن اختلف.

وليس إطلاق هذا القول عندي صحيحاً، والواجب أن ينظر: فإن صرح بعض الشهود بذكر المكان والزمان، وجب سؤال الباقين عنه، وإن لم يصرح بعضهم به لم يسألوا عنه؛ لأنه لو وجب سؤالهم عن المكان والزمان إذا لم يذكروه، لوجب سؤالهم عن ثيابه وثيابها، وعن لون المزني بها من سواد أو بياض، وعن سنها من صغيرة أو كبيرة، وعن قدها من طول أو قصر، لأن اختلافهم فيه موجب لاختلاف الشهادة، فيتناها إلى ما لا يحصى، وهذا غير معتبر في السؤال، وكذلك في الزمان والمكان، إلا

أن يبتدىء بعض الشهود بذكره، فيسأل الباقون عنه ليعلم ما هم عليه من موافقة واختلاف.

[القول في موت الشهود قبل ظهور عدالتهم]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ مَاتَ الشُّهُودُ قَبْلَ أَنْ يُعَدَّلُوا ثُمَّ عُدِّلُوا أُقِيمَ الحَدُّ».

قال الماوردي: وهو كما قال: إذا مات الشهود قبل ثبوت عدالتهم ثم عدلوا بعد موتهم حكم بشهادتهم في الحد وغيره.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: أحكم بشهادتهم في غير الحد ولا أحكم بها في الحد. لأن من مذهبه أن أول من يبدأ بإقامة الحد الشهود.

ومذهبنا أن شهود الحد كغيرهم، فإن الحد كغيره من الحقوق، ولا يكون موت الشهود قبل التعديل مانعاً من الحكم بشهادتهم بعد التعديل لأن العدالة توجب الأداء وليس موتهم مسقطاً لها فسقاً طرأ ولو وجب سقوط شهادتهم لوجب سقوطها في غير الحد فأما حدوث الفسق بعد الشهادة وقبل الحكم فموجب لسقوط الشهادة في الحد وغيره، لأن الناس يتظاهرون بفعل الطاعات ويسرون فعل المعاصي، فإذا ظهرت دل ظهورها على تقدم كمونها.

وأما حدوث الخرس والعمى بعد الشهادة وقبل الحكم بها فغير مانع من الحكم بها، لأن العلم بحدوثه وعدم تقدمه مقطوع به.

ومنع أبو حنيفة من إمضاء الحكم بشهادة من حدث به العمى، ولم يمنع من إمضائه بشهادة من حدث به الخرس وقد تقدم الكلام معه فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ويُطْرَد المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَجُرِحَ مَنْ يُشْهَدُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شهد الشهود وقد عرف الحاكم عدالتهم على رجل بحق من حد أو غير حد، وقدح المشهود عليه في عدالتهم مكنه الحاكم من إقامة البينة بجرحهم، لأن المشهود عليه من الاهتمام بقصد الكشف عن جرحهم ما يقصر زمان الحاكم عن التشاغل به، فإن أقام البينة بجرحهم أسقط الحكم بشهادتهم، وإن عجز عنها أمضى الحاكم بها عليه، ولا يضيق عليه الزمان في طلب الجرح فيتعذر عليه، ولا يوسع له الزمان فيؤخر الحكم، وتكون مدة إمهاله ثلاثة أيام، لأنها أكثر القليل وأقل الكثير.

فأما قول الشافعي رضي الله عنه: ويطرد المشهود عليه جرحهم ففيه تأويلان: ـ

أحدهما: معناه يمكنه من جرحهم، ولا يمنعه منه.

والثاني: معناه يوسع له في الزمان ولا يضيقه عليه.

فأما إن أمسك المشهود عليه من طلب تمكينه من جرحهم، فإن كان فيما لا يدرأ بالشبهة من حقوق الآدميين. أمسك الحاكم عن إطراد جرحهم، وإن كان في حد لله تعالى يسقط بالشبهة نظر:

فإن توجه الحد على من يعرف جواز إطراده، ولم يشعر به ولم يذكره له.

وإن توجه إلى من لا يعرفه، أعلمه ما يستحقه من إطراد الجرح، فإن شرع فيه مكنه منه، وإن أمسك عنه أقام عليه الحد، لأنه حق له وليس بحق عليه.

[القول في تفسير ما يجرح به الشهود]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَقْبَلُ الجَرْحَ مِنَ الجَارِحِ إِلاَّ بِتَفْسِيرِ مَا يَجْرَحُ بِهِ لِلاخْتِلاَفِ فِي الأَهْوَاءِ وَتَكْفِيرِ بَعْضِهِمْ بَعْضاً وَيجْرَحُونَ بِالتَّأْوِيلِ».

قال الماوردي: وهو كذلك في دعوى المشهود عليه جرح الشهود، لم تقبل دعواه على الإطلاق حتى يفسرها بما يكون جرحاً يفسق به، لاختلاف الناس في الجرح والتعديل. كما لو قال: هذا وارث. لم يقبل منه حتى يذكر ما صار به وارثاً لاختلاف الناس في المواريث.

فإذا قال: هذا الشاهد فاسق أو غير مرضي، أو ليس بمقبول الشهادة.

قيل له: فسر ما صار به فاسقاً غير مقبول الشهادة.

فإن فسرها بما لا يكون فسقاً، ردت دعواه وحكم بالشهادة عليه، وإن فسرها بما يكون فسقاً، كلف بإقامة البينة بالفسق الذي ادعاه، ليكون الفسق مفسراً في الدعوى والشهادة فإن فسرها المدعي بنوع من الفسق وفسرها المشهود بنوع آخر، حكم بالفسق مع اختلاف سببه في الدعوى والشهادة؛ لأن المقصود ثبوت الفسق، فلم يؤثر فيه اختلاف أنواعه إذا فسق بكل واحد منها، وقد يعلم الشهود ما لا يعلمه المدعي.

فأما الشهادة بالتعديل فلا تحتاج إلى التفسير، وإن كان التفسيق محتاجاً إلى تفسير، لما قدمناه على الصحيح من المذهب، للفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن العدالة موافقة أصل فاستغنى عن تفسير، والتفسيق مخالف للظاهر فاحتاج إلى تفسير.

والثاني: أن العدالة أصل، والفسق حادث، والحادث يحتاج إلى تفسير. والمعدوم لا يحتاج إلى تفسير. كمن قال: هذا الماء طاهر، لم يستفسر عن طهارته، ولو قال: هو نجس، استفسر عن نجاسته [والله أعلم].

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الجَهَالَةِ بِحَدٍّ لَمْ أَرَ بَأْساً أَنْ يُعْرَضَ لَهُ بِأَنْ يَقُولَ لَعَلَّهُ لَمْ يَسْرِقْ».**

قال الماوردي: الحقوق ضربان:

أحدهما: ما كان من حقوق الآدميين، فلا يجوز للحاكم أن يعرض للمقر بالإنكار، ولا يعرض للشهود بالتوقف، سواء كان الحق في مال أو حد، لأن حقوق الآدميين موضوعة على الحفظ والاحتياط، ولأن المقر بها لو أنكرها لم يقبل إنكاره.

والضرب الثاني: ما كان من حقوق الله تعالى المحضة، كالحد في الزنا والقطع في السرقة. والجلد في الخمر، فلا يخلو حال المدعى عليه من أمرين:

أحدهما: أن يكون عالماً بوجوب الحد عليه إن أقر. فيمسك الحاكم عن التعريض له بالإنكار، حتى يبتدىء فيقر أو ينكر، لأن التعريض لا يزيده إلا علماً بوجوب الحد إن أقر وسقوطه إن أنكر.

والثاني: أن يكون من أهل الجهالة بوجوب الحد، إما لأنه أسلم قريباً، أو لأنه من أهل بادية نائية من جفاة الأعراب فيجوز للحاكم أن يعرض للمدعى عليه بالإنكار من غير تصريح، فإن كان في الزنا قال له: لعلك قبلت، أو لمست كما عرض النبي ﷺ لماعز حين أقر بالزنا فقال: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ لَعَلَّكَ لَمَسْتَ».

وإن كان في حد السرقة قال: لعلك سرقت من غير حِرز.

فإن عرض له بأن قال: لعلك لم تسرق، وكانت الدعوى من صاحب المال، لم يجز أن يعرض له بهذا، لأن في تعريضه به إسقاطاً لحقه، وإن كانت من غير صاحب المال، جاز أن يعرض له به.

وروي أن النبي ﷺ أتى بسارق فقال له: «أَسَرَقْتَ أَمْ لاَ» وإن كان في شرب الخمر قال: لعلك لم تشرب، أو قال: لعلك لم تعلم أنه مسكر أو لعلك أكرهت على شرب المسكر.

وإنما جاز التعريض للمقر بما يتنبه به على الإنكار، لأنه مندوب إلى الستر على نفسه فيما ارتكبه، وأن يستغفر ربه لقوله ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ عَلَيْهِ حَدَّ اللَّهِ».

ولا يجوز للحاكم أن يصرح له بالإنكار فيقول له: قل ما زنيت، ولا سرقت، ولا شربت. أو يقول له: أنكر ولا تقر، لحظر التصريح في إسقاط الحدود، لأنه قد يلقنه الكذب. ويأمره به.

فأما تعريض الحاكم للشهود بالتوقف عن الشهادة فقد اختلف أصحابنا في جوازه على وجهين: ـ

أحدهما: لا يجوز لأنه يقدح في شهادتهم.

والوجه الثاني: يجوز لأن النبي ﷺ قال: «هَلا سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يا هَزَّالُ».

وقال عمر لزياد حين حضر لشهادته على المغيرة بالزنا: أيهما يا سلح العقاب أرجو أن لا يفضح الله على يدك أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ فنبه على تعريضه فلم يصرح في شهادته بدخول الذَّكَر في الفرج، فلم تكمل به الشهادة في الزنا.

وهذا التعريض بالإنكار جائز مباح، وليس بواجب ولا استحباب، وهو حسب رأي الحاكم واجتهاده.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه: لم أر بأساً به، لأن النبي ﷺ عرض لماعز ولم يعرض للغامدية. وقال: «اغْدُ يا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا» فعرض في الأقل ولم يعرض في الأكثر.

فإن نبه بالتعريض على الإنكار فأنكر، فإن لم يتقدمه إقرار، قبل إنكاره في جميع الحدود ولم يستحلف على الإنكار، فإن تقدم منه الإقرار قبل الإنكار سقط حد الزنا، ولم يسقط عنه غرم المال المسروق، وفي سقوط قطع اليد وحد الخمر قولان. يسقط في أصحهما، ولا يسقط في الآخر.

[القول في اختلاف الشهادة في السرقة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَا بِأَنَّهُ سَرَقَ مِنْ هَذَا البَيْتِ كَبْشاً لِفُلَانٍ فَقَالَ أَحَدُهُمَا غُدْوَةً وَقَالَ الآخَرُ عَشِيَّةً أَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا الكَبْشُ أَبْيَضُ وَقَالَ الآخَرُ أَسْوَدُ لَمْ يُقْطَعْ حَتَّى يَجْتَمِعَا وَيَحْلِفَ مَع شَاهِدِهِ أَيُّهُمَا شَاءَ».

قال الماوردي: اختلفت الرواية في صورة الشهادة، فرواها بعض أصحابنا أنهما شهدا أنه سرق منه كيساً، إشارة إلى كيس الدراهم والدنانير.

ورواها أكثرهم أنهما شهدا أنه سرق منه كبشاً، إشارة إلى كبش الغنم، وهذه الرواية أصح لأمرين:

أحدهما: أن كيس الدراهم والدنانير شهادة بمجهول، وكبش الغنم شهادة بمعلوم.

والثاني: أن الشافعي قال في الأم: ولو قال أحدهما: إنه أقرن، وقال الآخر إنه أجم، وقال أحدهما إنه كبش، وقال الآخرة نعجة وهذا من أوصاف الغنم.

فإذا شهد الشاهدان بسرقة الكبش، فقال أحدهما: سرقه غدوة، وقال الآخر: سرقه عشية، أو قال أحدهما: هو أبيض، وقال الآخر: هو أسود، لم تتفق شهادتهما على سرقة واحدة، لأن السرقة غدوة غير السرقة عشية، والمسروق الأبيض غير المسروق الأسود.

وحكي عن أبي حنيفة: أن الشهادة بالبياض والسواد غير مختلفة، لأنه يجوز أن يكون أحد جانبي الكبش أبيض وجانبه الآخر أسود، فيرى كل واحد منهما ما إلى جانبه فيصفه به. وهذا ليس بصحيح لأمرين:

أحدهما: أن كل واحد منهما يشهد بصفة جميعه، وهذا التأويل ينافيها.

والثاني: أنه تأويل شهادة محتملة بما بعد تأويلها، والشهادة لا يحكم بها إلا مع انتفاء التأويل عنها.

فثبت أن شهادتهما غير متفقة على سرقة واحدة، فلم تكمل بهما بينة توجب غرماً ولا قطعاً.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف هذه الشهادة، فاختلافهما على أربعة أقسام:

أحدهما: أن تكمل كل واحدة من الشهادتين مع عدم التعارض فيهما، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يختلف المسروق مع الإطلاق.

والثاني: أن يختلف الزمان مع الاتفاق.

فأما اختلاف المسروق مع الإطلاق، فهو أن يشهد شاهدان أنه سرق منه كبشاً أبيض، ويشهد شاهدان آخران أنه سرق منه كبشاً أسود، فيحكم له بالشهادتين أنه سرق منه كبشين أحدهما أبيض بالشهادة الأولى، والثاني أسود بشهادة الآخرين وليس فيهما تعارض.

وأما اختلاف الزمان مع الاتفاق، وهو أن يشهد شاهدان أنه سرق منه في أول النهار كبشاً أبيض، ويشهد شاهدان آخران أنه سرق منه في آخر النهار كبشاً أبيض،

فيحكم له بالشهادتين أنه سرق منه كبشين أبيضين، لأن السرقة في أول النهار غير السرقة في آخر النهار فلم تكن فيهما تعارض.

فصل: وأما القسم الثاني: أن تكمل كل واحدة من الشهادتين مع وجود التعارض فيهما وهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون السرقة واحدة في زمانين.

والثاني: أن يكون الزمان واحداً في السرقتين.

وأما السرقة الواحدة في زمانين فهو أن يشهد شاهدان أنه سرق منه كبشاً أبيض في أول النهار، ويشهد شاهدان آخران أنه سرق منه ذلك الكبش الأبيض في آخر النهار. فهما شهادتان متعارضتان، لأن المسروق في أول النهار غير المسروق في آخره. والمسروق في آخره غير المسروق في أوله، فأوجب هذا التعارض إسقاط الشهادتين، ولم تثبت السرقة بواحدة منهما.

وأما الزمان الواحد في سرقتين، فهو أن يشهد شاهدان أنه سرقه منه مع طلوع الشمس كبشاً أبيض، ويشهد شاهدان آخران أنه سرق منه مع طلوع الشمس كبشاً أسود. فهما شهادتان متعارضتان، لأن الأبيض غير الأسود. فصارت الشهادتان مع اتفاق الزمان متعارضتين فسقطتا، ولم يحكم واحدة منهما.

فصل: والقسم الثالث: أن تنتقض كل واحدة من الشهادتين مع عدم التعارض فيهما. وهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون السرقة مطلقة في زمانين.

والثاني: أن يكون الزمان مطلقاً في سرقتين.

وأما السرقة المطلقة في زمانين فهو أن يشهد شاهد واحد أنه سرق منه كبشاً في أول النهار، ويشهد شاهد آخر أنه سرق منه كبشاً في آخر النهار.

فلم تكمل بهما الشهادة لاختلاف الزمانين، ولا تعارضت لإمكان السرقتين، ويقال للمسروق منه لك أن تحلف مع كل واحدة من الشاهدين ويحكم لك بسرقة كبشين، إن كنت مدعياً لهما، ولا قطع على السارق، لأن القطع حد لا يجب بالشاهد واليمين وإن وجب به الغرم.

فصل: والقسم الرابع: أن تنقض كل واحدة من الشهادتين مع وجود التعارض فيهما. وهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون السرقة معينة في زمانين.

والثاني: أن يكون الزمان معيناً في سرقتين.

فأما السرقة المعينة في زمانين، فهو أن يشهد شاهد واحد أنه سرق منه كبشاً أبيض في أول النهار، ويشهد شاهد آخر أنه سرق هذا الكبش الأبيض في آخر النهار.

وأما الزمان المعين في سرقتين، فهوأن يشهد شاهد واحد أنه سرق منه مع طلوع الشمس كبشاً أسود ويشهد شاهد آخر أنه سرق منه في ذلك الزمان بعينه مع طلوع الشمس كبشاً أبيض.

فقد اختلفت شهادة الشاهدين في كلا الضربين، وقد اختلف أصحابنا في هذا الاختلاف هل يكون تعارضاً يوجب سقوط الشهادتين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر عندي، أنه يكون تعارضاً فيهما يوجب سقوطهما، كما يتعارض مع كمال الشهادتين، فعلى هذا ليس للمسروق منه أن يحلف مع كل واحد من الشاهدين لسقوط شهادتهما بالتعارض.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه لا تعارض فيهما، لأن التعارض يكون في البينة الكاملة دون الناقصة، لأن الكاملة حجة بذاتها والناقصة حجة مع غيرها، فترجحت ذات اليمين.

فعلى هذا إن كان الاختلاف في السرقة المعينة في زمانين، حلف مع أيهما شاء واستحق كبشاً واحداً، وإن كان الاختلاف في الزمان المعين في سرقتين كان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحق كبشين.

[القول في اختلاف الشهود في قدر المال المسروق]

فصل: وإذا شهد له شاهد أنه سرق منه كبشاً، وشهد له ثان أنه سرق منه كبشين، وشهد له ثالث أنه سرق منه ثلاث كباشي، كملت له البينة بسرقة كبشين أحدهما بشهادة الأول والثاني لاتفاقهما عليه، والثاني بشهادة الثاني، والثالث لاتفاقهما عليه ويفرد الثالث بسرقة كبش ثالث، فإن حلف معه استحق الكبش الثالث، ووجب قطع السارق لكمال البينة بسرقة الكبشين.

[القول في اختلاف الشهادة في القذف والقتل]

فصل: ولو شهد له شاهدان بالقذف واختلفا في صفته، فقال أحدهما: قذفه غدوة، وقال الآخر قذفه عشية، أو قال أحدهما: قذفه بالبصرة، وقال الآخر قذفه

بالكوفة لم تكمل بهما شهادة القذف، لأنهما قذفان لم يشهد بواحد منهما شاهدان، وليس للمقذوف أن يحلف مع واحد منهما، لأن القذف حد لا يثبت بالشاهد واليمين.

ولو قال أحدهما: قذفه بالعربية، وقال الآخر: قذفه بالفارسية، فإن كانت الشهادة على سماع القذف، فهي شهادة على قذفين لم تكمل البينة بواحد منهما، وإن كانت الشهادة على إقرار القاذف، أنه أقر عند أحدهما أنه قذفه بالعربية وأقر عند الآخر أنه قذفه بالفارسية، فقد ذكر أبو سعيد الإصطخري فيه وجهين:

أحدهما: أنهما قذفان لا تتم الشهادة بواحد منهما كما لو قال أحدهما: أقر عندي أنه قذفهما بالبصرة، وقال الآخر: أنه أقر عندي أنه قذفهما بالكوفة.

والوجه الثاني: أن الشهادة كاملة مع اختلاف اللفظين وإن لم تكمل مع اختلاف البلدين واختلاف الزمانين.

ولا أجد لهذا الوجه في الفرق بينهما وجهاً.

ولو كانت الشهادة في القتل، فشهد أحدهما أنه قتله بالبصرة، وشهد الآخر أنه قتله بالكوفة. فإن كان قتل عمداً فالشهادة مطروحة، وإن كان قتل خطأً ففي تعارضهما وجهان:

أحدهما: يتعارضان ويسقطان.

والثاني: يحلف مع أيهما شاء.

[القول في اختلاف البينات في قيمة المسروق]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ سَرَقَ ثَوْبَ كَذَا وَقِيمَتُهُ رُبْعُ دِينَارٍ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ سَرَقَ ذَلِكَ الثَّوْبَ بِعَيْنِهِ وَأَنَّ قِيمَتَهُ أَقَلّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ فَلَا قَطْعَ وَهَذَا مِنْ أَقْوَى مَا تُدْرَأُ بِهِ الحُدُود وَيَأْخُذُهُ بِأَقَلّ القِيمَتَيْنِ فِي الغُرْمِ».

قال الماوردي: وهاتان بينتان اتفقتا على سرقة ثوب بعينه واختلفتا في قيمته، فشهد اثنان أن قيمته ربع دينار «تقطع فيه اليد»، وشهد اثنان أن قيمته سدس دينار لا تقطع فيه اليد، فلا تعارض في الشهادتين وإن اختلفتا في القيمتين، لأن الثوب واحد، قد اتفقت عليه البينتان، والقيمة عن اجتهاد، اختلفت فيه البينتان، ولاختلافهما وجه محتمل لا يوجب ردهما به.

فاختلف الفقهاء في اختلافهما، هل يوجب العمل بأكثرهما أو بأقلهما في الغرم والقطع؟

مذهب الشافعي أنه يؤخذ بأقلهما في الغرم وسقوط القطع، استعمالاً للبينة الشاهدة أن قيمته سدسي دينار، فيسقط عنه القطع ولا يغرم الزيادة على السدسي.

وقال أبو حنيفة: آخذ بالبينة الزائدة في الغرم ووجوب القطع.

وأحسب أن مالكاً يأخذ بالبينة الزائدة في الغرم والناقصة في سقوط الحد.

واستدل من عمل بالبينة الزائدة بأمرين:

أحدهما: أنه لما عمل في الأخبار المختلفة بالزيادة دون النقصان وجب أن يكون مثله في البينات. لأن الشهادة خبر.

والثاني: أن النقصان داخل في الزيادة فلم ينافيها فوجب العمل بها كما لو شهد شاهدان على إقراره بألف وشهد شاهدان على إقراره بألفين دون الألف بألف لدخول الألف في الألفين. ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن النقصان متفق عليه، والزيادة مختلف فيها، لأن من قومه بالربع أثبتها ومن قومه بالسدس نفاها، فكان العمل بالمتفق عليه أولى من العمل بالمختلف فيه. وخالف العمل بالزيادة في الأخبار لأن من روى الناقص لم ينف الزيادة.

لأن بلالاً لما روى أن النبي ﷺ دخل البيت

وروى أسامة أنه دخل البيت وصلى عمل بالزيادة في صلاته وبعد دخوله لأن بلالاً لم يقل دخل البيت ولم يصل، فكذلك في الشهادة بالنقصان دون الزيادة، وعمل في الأخبار بالزيادة دون النقصان.

والثاني: أن النقصان يقين، والزيادة شك. وقد أثبتت في إحدى الشهادتين وبقيت في الأخرى فوجب العمل باليقين دون الشك، لأن الأصل براءة الذمة، فخالف الشهادة بألف والشهادة بألفين، لأن من أثبت الألف لم ينف الألفين.

فصل: إذا اختلف شاهدان في قيمة الثوب المسروق، فشهد أحدهما أن قيمته ربع دينار وشهد الآخر أن قيمته سدس دينار، فقد اتفقا على السدس وتمت الشهادة به. واختلفا في الزيادة عليه، فأثبتها أحدهما ونفاها الآخر، فاختلف أصحابنا فيها على وجهين:

أحدهما: أنه يسقط فيها قول من أثبتها بقول من نفاها، ويمنع صاحب السرقة أن يحلف مع الشاهد بها ويستحقها، كما لو أثبتها شاهدان ونفاها شاهدان.

والوجه الثاني: أنه لا يسقط قول من أثبتها بقول من نفاها بخلاف إثباتها بشاهدين ونفيها بشاهدين، ويجوز لصاحب السرقة أن يحلف مع الشاهد بها ويستحقها، ولا

يقطع السارق بها خلاف الشاهدين، لأن الشاهدين حجة كاملة فتعارض فيها قول المثبت والنافي، والشاهد الواحد ليس حجة إلا مع اليمين، فإذا انضمت إلى أحدهما كملت الحجة ونقصت عنها الأخرى، فحكم بالحجة على ما ليس بحجة.

[القول في اختلاف الشهود في ثمن المبيع]

فصل: وإذا كان هذا الاختلاف في ثمن مبيع، فشهد شاهدان أنه باعه هذا العبد بألف، وشهد شاهدان آخران أنه باعه ذلك العبد في ذلك الزمان بألفين، تعارضت الشهادتان وردتا.

ولو شهد أحد الشاهدين أنه باعه هذا العبد بألف وشهد الآخر أنه باعه إياه في ذلك الزمان بألفين، ففي تعارضهما وجهان على ما مضى:

أحدهما: قد تعارضتا وسقطتا.

والثاني: لا تعارض فيهما، وللمدعي أن يحلف مع الشاهد بالألفين.

ولو شهد شاهدان أنه باعه عبداً تركياً بألف، وشهد آخران أنه باعه عبداً رومياً بألفين، فلا تعارض في الشهادتين فيحكم له ببيع التركي بألف وبيع الرومي بألفين.

ولو اختلف شاهدان، فشهد أحدهما أنه باعه عبداً تركياً بألف وشهد الآخر أنه باعه عبداً رومياً بألفين، فلا تعارض فيهما وله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له بعد اليمين ببيع التركي بألف والرومي بألفين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا لَمْ يَحْكُمْ بِشَهَادَةِ مَنْ شَهِدَ عِنْدَهُ حَتَّى يَحْدُثَ مِنْهُ مَا تُرَدُّ بِهِ شَهَادَتُهُ رَدَّهَا».**

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا شهد عدلان بحق ثم فسقا قبل الحكم بشهادتهما ردت الشهادة ولم يحكم بها، وهذا هو قول جمهور الفقهاء.

وحكي عن أبي ثور والمزني أنهما قالا: يحكم بشهادتهما ولا ترد اعتباراً بحال الأداء.

وهذا خطأ لقول[الله] تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بنبأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ﴾ [الحجرات: ٦].

فاقتضى الظاهر أن تعتبر العدالة عند الأداء وعند الحاكم.

ولأن عدالة الباطن مظنونة، فإذا ظهر الفسق رفع ما ظن بباطنه من العدالة، ودل

على تقدمه وقت الشهادة، ولا سيما ويتحفظ الإنسان بعد شهادته أكثر من تحفظه قبلها.

ولأن من لطف الله تعالى بعباده أن لا يهتكهم بأول الذنب، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن الله أكرم أن يهتك عبده بأول خطيئة، فإذا أظهرها دلت على تقدمها عليه.

ولأن ظهورها يوجب الاسترابة بما تقدمها وظهور الريبة في الشهادة يمنع من قبولها.

[القول في صيرورة الشهود ورثة]

فصل: ولو شهد العدلان ثم مات المشهود له، فورثه الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما، ردت الشهادة لأنهما قد صارا شاهدين لأنفسهما عند الحكم بها ولا يجوز أن يحكم للإنسان بشهادة لنفسه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ حَكَمَ بِهَا وَهُوَ عَدْلٌ ثُمَّ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ بَعْدَ الحُكْمِ لَمْ نَرُدَّه لأَنِّي إِنَّمَا أَنْظُرُ يَوْمَ يَقْطَعُ الحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِ».

قال الماوردي: وحدوث فسقهما بعد نفوذ الحكم بشهادتهما على ضربين:

أحدهما: أن يحدث الفسق بعد استيفاء الحق، فلا يجوز نقض الحكم بشهادتهما سواء كان في حقوق لله تعالى أو الآدميين، وبخلاف حدوث الفسق قبل الحكم، لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشك والاحتمال موجود في الحالين، فلما لم يجز أن يثبت الحكم بالشك، لم يجز أن ينقض حكمه بالشك والاحتمال، فيكون المعنى الذي منع من الحكم بشهادتهما هو المانع من نقض الحكم النافذ بشهادتهما.

والثاني: أن تغير الحال قبل نفوذ الحكم مخالف لتغيرها بعد نفوذ الحكم. لأن الحاكم إذا اجتهد رأيه في الحكم فأداه اجتهاده إلى حكم ثم بان أن الحق في غيره، نقضه قبل نفوذ حكمه. ولم ينقضه بعد نفوذ حكمه، فأوجب هذا الفرق في تغير الاجتهاد قبل نفوذ الحكم وبعده. وقوع الفرق في الفسق بحدوثه قبل نفوذ الحكم وبعده.

فهذا حكم أحد الضربين في حدوث الفسق بعد استيفاء الحق أنه محمول على عموم إمضائه في جميع الحقوق.

والضرب الثاني: أن يحدث الفسق بعد نفوذ الحكم وقبل استيفاء الحق، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يكون الحق مالاً أو في معنى المال، فيجب استيفاؤه بعد الفسق لنفوذ الحكم قبل الفسق تعليلاً بالمعنيين المتقدمين.

والضرب الثاني: أن يكون الحق حداً وجب لله خاصة، كحد الزنا وجلد الخمر وقطع السرقة، مما يدرأ بالشبهة. فيسقط بحدوث الفسق ولا يستوفي لأن حدوثه شبهة.

والضرب الثالث: أن يكون حداً قد وجب لآدمي كالقصاص وحد القذف ففي سقوطه بحدوث الفسق قبل استيفائه وجهان:

أحدهما: يسقط لكونه حداً يدرأ بالشبهة.

والوجه الثاني: لا يسقط لأنه من حقوق الآدميين كالأموال.

[القول فيما لو حكم لشهود فاسقين]

فصل: وإذا بان للحاكم بعد حكمه أن فسق الشاهدين حدث قبل شهادتهما، نقض حكمه كما لو بان له مخالفة النص، واسترجع ما استوفاه بحكمه إن أمكن، وإن كان قصاصاً لا يمكن استرجاعه ضمن الحاكم بالدية والكفارة، وفي محلة الدية قولان:

أحدهما: على عاقلته، فعلى هذا تكون الكفارة في ماله.

والقول الثاني: في بيت المال. فعلى هذا ففي الكفارة وجهان:

أحدهما: في بيت المال.

والثاني: في ماله. وقد مضى هذا في تعزير الإمام إذا أفضى إلى التلف.

بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «الرُّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ ضَرْبَانِ فَإِنْ كَانَتْ عَلَى رَجُلٍ بِشَيْءٍ يَتْلَفُ مِنْ بَدَنِهِ أَوْ يُنَالُ بِقَطْعٍ أَوْ قِصَاصٍ فَأُخِذَ مِنْهُ ذَلِكَ ثُمَّ رَجَعُوا فَقَالُوا عَمِدْنَاهُ بِذَلِكَ فَهِيَ كَالجِنَايَةِ فِيهَا القِصَاصُ وَاحْتَجَّ فِي ذَلِكَ بِعَلِيٍّ وَمَا لَمْ يَكُنْ مِنْ ذَلِكَ فِيهِ القِصَاصُ أُغْرِمُوهُ وَعُزِّرُوا دُونَ الحَدِّ وَإِنْ قَالُوا لَمْ نَعْلَمْ أَنَّ هَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ عُزِّرُوا وَأُخِذَ مِنْهُمُ العَقْلُ وَلَوْ قَالُوا أَخْطَأْنَا كَانَ عَلَيْهِمُ الأَرْشُ».

قال الماوردي: وجملته أنه لا يخلو رجوع الشهود في الشهادة بعد أدائها من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يرجعوا قبل نفوذ الحكم بها.

والثاني: أن يرجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء.

والثالث: أن يرجعوا بعد الاستيفاء.

فأما الحالة الأولى: وهو أن يرجعوا قبل الحكم بشهادتهم، فلا يجوز الحكم بها بعد رجوعهم، سواء كانت الشهادة في حد لله تعالى، أو مال لآدمي، وهو قول جمهور الفقهاء إلا أبا ثور فإنه تفرد بإمضاء الحكم بعد رجوعهم.

وبناه على مذهبه في إمضاء الحكم بعد حدوث فسقهم، وهذا خطأ في المذهب والبناء.

وأما خطؤه في المذهب، فهو أنه لا يخلو حالهم في الشهادة والرجوع من أحد أمرين: إما أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع، أو كاذبين في الشهادة صادقين في الرجوع فوجب ردها لأمرين:

أحدهما: الجهالة بصدق شهادتهم، فصار كالجهالة بعدالتهم.

والثاني: أنهم لم ينكفوا من الكذب في أحد قوليهم.

وأما خطؤه في البناء: فهو أن الفاسق مقيم على شهادته ويجوز أن يكون فيها صادقاً. والراجع مقر أنه لم يكن في الشهادة صادقاً، فافترقا.

فإذا ثبت أنه لا يحكم بشهادتهم، نظر في الشهادة بعد رجوعهم عنها. فإنهم فيها على ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يعمدوها، فيكون قدحاً في عدالتهم وموجباً لفسقهم، ويعزروا، لأنهم عمدوا الشهادة بالزور.

والثاني: أن لا يتعمدوها، ولكن سهواً فيها، فيكون ذلك قدحاً في ضبطهم لا في عدالتهم، فوجب التوقف في شهادتهم إلا فيما تحققوه وأحاطوا به علماً.

والثالث: أن لا يكون ذلك بعمد لا يسهو ولكن بشبهة اعترضتهم يجوز مثلها على أهل التيقظ والعدالة فهم على عدالتهم وضبطهم، لا يقدح ذلك في واحد منهم فتقبل شهادتهم في غير ما رجعوا عنه، فإن التمس المشهود له يمين الشهود على صحة رجوعهم لم يكن له إحلافهم، لأن حقه على غيرهم، ولو ادعى المشهود له أن الشهود قد رجعوا وأنكروا الرجوع، لم يكن له إحلافهم، لأنه لا خصومة بينه وبينهم.

وهكذا لو ادعى عليهم أنهم علموا أني برئت مما شهدوا به، وقد شهدوا مع علمهم أنه بريء منه وطلب يمينهم لم يحلفوا عليه.

ولو أحضر المشهود عليه بينة تشهد على الشهود برجوعهم، قبلت، وحكم عليهم بالرجوع، وبطلت شهادتهم على المشهود عليه، ولا ضمان عليهم للمشهود له.

وقال الحسن بن زياد اللؤلؤي: يضمنون للمشهود له ما شهدوا به من حقه. وهذا خطأ، لأن حقه باق على المشهود عليه.

[القول في رجوع الشهود بعد نفوذ الحكم وقبل الاستيفاء]

فصل: **وأما الحال الثانية:** وهو أن يرجعوا بعد نفوذ الحكم بشهادتهم وقبل استيفاء الحق. فلا يخلو أن يكون ما شهدوا به من أن يكون مالاً أو غير مال، فإن كان مالاً، لم ينقض حكمه به وأمضاه، وهذا قول جمهور الفقهاء.

وحكي عن عبيد الله بن الحسن العنبري أنه قال: ينقض الحكم برجوعهم لإبطال هذه الشهادة بالرجوع. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الحكم إذا نفذ بالاجتهاد، لم ينقض بالاحتمال والاجتهاد تغليب صدقهم في الشهادة، والاحتمال جواز كذبهم في الرجوع.

والثاني: أن في شهادتهم إثبات حق يجري مجرى الإقرار، وفي رجوعهم نفي ذلك الحق الجاري مجرى الإنكار فلما لم يبطل الحكم بالإقرار لحدوث الإنكار لم يبطل الحكم بالشهادة لحدوث الرجوع.

وإن كان ما شهدوا به ليس بمال، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما لا يبطل بالشبهة كالنكاح والطلاق، فهو كالمال في نفوذ الحكم به. فلا يبطل برجوع الشهود.

والضرب الثاني: أن يكون مما يسقط بالشبهة كالحدود، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون من حقوق الله تعالى المحضة كحد الزنا وجلد الخمر وقطع السرقة فيسقط برجوع الشهود كما يسقط برجوع المقر، لأن رجوع الشهود شبهة تدرأ بمثلها الحدود.

والضرب الثاني: أن يكون من حقوق الآدميين المحضة كالقصاص.

وحد القذف فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما إذا سقط بالشبهة رجع إلى الدية التي لا تسقط بالشبهة، فليسقط برجوع الشهود، القصاص، ولا تسقط الدية.

والضرب الثاني: أن يكون مما إذا سقط بالشبهة لم يرجع إلى بدل، كحد القذف، ففي سقوطه برجوع شهوده وجهان:

أحدهما: تسقط بالرجوع، لأنها شبهة تدرأ بمثلها الحدود.

والوجه الثاني: لا تسقط بالرجوع لأنه من حقوق الآدميين المغلظة.

[القول في رجوع الشهود بعد استيفاء الحق]

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يرجع الشهود بعد نفوذ الحكم واستيفاء الحق، فالحكم على نفاذه لا ينقض برجوع شهوده بعد استيفاء الحق، وهو قول جمهور الفقهاء.

وحكي عن سعيد بن المسيب، والأوزاعي أن الحكم ينقض برجوعهم، لأنهم بالرجوع غير شهود.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الرجوع مخالف للشهادة فلا يخلو أحدهما من الكذب، فصار كل واحد من الشهادة وبالرجوع محتملاً للصدق والكذب، وقد اقترن بالشهادة حكم واستيفاء فلم يجز نقضها برجوع محتمل.

والثاني: أن الشهادة إلزام والرجوع إقرار بدليل أنه وارد بغير لفظ الشهادة

والإقرار لازم في حق المقر دون غيره، فلم يجز أن ينقض به الحكم، لأنه يصير إقراره إلزاماً لغيره، وهو موجب أن يعود عليه لا على غيره.

فإذا ثبت أنه لا ينقض به الحكم بعد استيفاء الحق، انتقل الكلام إلى ما يلزم الشهود برجوعهم، وهو مختلف باختلاف الحق المستوفى، وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون إتلافاً يختص بالأبدان.

والثاني: أن يكون إتلافاً يختص بالأحكام.

والثالث: أن يكون إتلافاً يختص بالأموال.

فصل: فأما القسم الأول: فيما اختص بالأبدان.

فهل قتل نفس أو قطع طرف بشهادتهم على رجل أنه قتل فقتل، أو قطع فقطع ثم رجعوا على شهادتهم بعد أن قتل أو قطع فقد اختلف الفقهاء فيما يلزمهم برجوعهم إذا عمدوا:

فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن عليهم القود، وهو قول ابن شبرمة وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: إن عليهم الدية دون القود وقال مالك: لا قود عليهم ولا دية.

واستدل أصحاب أبي حنيفة على سقوط القود بأن الشهادة سبب أفضى إلى القتل موجب أن يتعلق به الحكم الغرم دون القود، كحفر البئر ووضع الحجر.

واستدل أصحاب مالك على سقوط الدية بأن الشهادة سبب اقترن به مباشرة الحاكم، فلما سقطت الدية عن الحاكم بالمباشرة كان أولى أن تسقط عن الشهود بالسبب، لأن السبب سقط بالمباشرة.

والدليل على وجوب القود: إجماع الصحابة في قضيتين مشهورتين عن إمامين منهم لم يختلف عليهما أحد منهم.

إحداهما: عن أبي بكر رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده بالقتل وقيل بالقطع فاقتص منه، ثم رجع الشاهدان وقالا: أخطأنا الأول وهذا هو القاتل أو القاطع. فقال: لو علمت أنكما تعمدتما لأقدتكما.

والقصة الثانية: «وهي أثبت» رواها الشافعي عن سفيان عن مطرف عن الشعبي أن رجلين شهدا عند علي عليه السلام على رجل أنه سرق فقطعه، ثم أتياه بعد برجل آخر وقالا: أخطأنا في الأول وهذا هو السارق، فأبطل شهادتهما على الآخر ثم ضمنهما دية

الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما.

وقال أحمد بن حنبل، عن مطرف، عن الشعبي عن علي عليه السلام غير مرفوع أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه بخبر مرفوع.

وقد رواه مع سفيان أسباط عن مطرف هذا وليس لهذين الإمامين مخالف في الصحابة فثبت بهما الإجماع.

ويدل عليه من الاعتبار، أن كل إتلاف ضمن بالمباشرة ضمن بالشهادة كالأموال.

ولأن الشهادة إلجاء، فوجب أن يضمن به النفوس بالقود كالإكراه.

فأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بأن الشهادة سبب يسقط به القود، كحفر البئر. ففاسد بالإكراه، ثم حفر البئر لم يقصد به القتل فسقط به القود، والشهادة مقصود بها القتل.

وأما الجواب عن استدلال مالك بالحاكم، فهو أن الحاكم لزمه الحكم بالشهادة فلم يضمن، والشاهد متبرع بالشهادة فضمن بها.

[القول في أحوال رجوع شهود القتل]

فصل: فإذا تقرر أن الشهود بالقتل كالقتلة، لم يخل حالهم في الشهادة به إذا تغيرت من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشكو فيها بعد استيفاء الحق بها، أو يقولوا لعلنا أخطأنا فيها، فهذا قدح في الضبط لا يتغير به حكم الشهادة بعد نفوذ الحكم بها، ولا ضمان عليهم به، لأن الضمان لا يجب بالشك.

والقسم الثاني: أن يرجعوا جميعاً عنها، فيسألهم الحاكم عن شهادتهم هل تعمدوها أو أخطأوا فيها؟ لاختلاف حكم العمد والخطأ في القتل.

ولهم في الجواب عنه ثمانية أحوال:

أحدها: أن يقولوا: عمدنا كلنا ليقتل بشهادتنا، فالقود على جميعهم واجب، لأنهم قتلة عمد.

والحال الثانية: أن يقولوا: عمدنا كلنا وما علمنا أن الحاكم يقتله بشهادتنا، فهم أهل جهالة بمثله، فهذا منهم قتل عمد شبه الخطأ، ولا قود عليهم، وتؤخذ الدية منهم مغلظة لما فيه من العمد، ومؤجلة لما فيه من الخطأ.

والحال الثالثة: أن يقولوا: أخطأنا كلنا، فعليهم دية الخطأ مخففة ومؤجلة

يؤخذون بها دون عواقلهم، لوجوبها باعترافهم، والعاقلة لا تتحمل عنهم ما وجب باعترافهم أن لم يصدقوهم، فإن صدقوهم تحملوها عنهم.

والحال الرابعة: أن يتفقوا على أنه عمد بعضهم وأخطأ بعضهم، فلا قود على العامد لمشاركته الخاطىء، وعلى العامد قسطه من الدية مغلظة حالة، وعلى الخاطىء قسطه من الدية مخففة مؤجلة.

والحال الخامسة: أن يختلفوا فيقول بعضهم عمدنا كلنا، ويقول بعضهم: أخطأنا كلنا، فعلى من أقر بعمد جميعهم القود، وعلى من أقر بخطأ جميعهم قسطه منه الدية مخففة ومؤجلة.

والحال السادسة: أن يختلفوا. فيقول اثنان منهم: عمدنا وأخطأ هذان الآخران، ويقول الآخران: بل عمدنا وأخطأ هذان الأولان، ففي وجوب القود عليهم قولان:

أحدهما: عليهم القود جميعاً، لأن كل واحد منهم قد اعترف بالقتل بالعمد في حقه، وأضاف الخطأ إلى من قد اعترف بعمده، فصاروا كالمعترفين جميعاً بالعمد.

والقول الثاني: وهو أصح، لا قود على واحد منهم، لأن كل واحد منهم مقر بمشاركة للخاطىء، فلم يلزمه إقرار الخاطىء بعمده، ولأن أحداً لا يؤاخذ بإقرار غيره، ويكون على كل واحد منهم قسطه من دية العمد مغلظة حالة.

والحال السابعة: أن يقول اثنان منهم: عمدنا كلنا، ويقول الآخران: عمدنا وأخطأ الأولان، فعلى المقر بعمد جميعهم القود، وفيما على المقر بعمده وخطأ غيره قولان:

أحدهما: القود.

والثاني: قسطه من دية العمد مغلظة حالة.

والحال الثامنة: أن يقول أحدهم: عمدت وما أدري ما فعل أصحابي سألنا أصحابه، فإن قالوا: عمدنا. وجب القود على الكل، وإن قالوا: أخطأنا، سقط القود عن الكل.

فهذا حكمهم إذا رجعوا جميعاً.

فصل: **والقسم الثالث**: أن يقيم بعضهم على شهادته، ويرجع بعضهم عن شهادته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يزيد الشهود على عدد البينة. كاثنين شهدا على رجل بالقتل فقتل، ثم رجع أحدهما، أو أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم ثم رجع أحدهما، فلا

ضمان على المقيم على شهادته، والراجع عنها ضامن يسأل عن حاله، فإن قال: أخطأت ضمن قسطه من الدية، فإن كان واحداً من اثنين في قتل ضمن نصف الدية. وإن كان واحداً من أربعة في الزنى ضمن ربع الدية.

وإن قال: عمدت، سئل عن من لم يرجع من شركائه في الشهادة، فإن قال: أخطأ، فعليه قسطه من الدية. وإن قال: عمدوا. فعليه القود.

والضرب الثاني: أن يزيد الشهود على عدد البينة، كثلاثة شهدوا على رجل بالقتل فقتل، أو خمسة شهدوا على رجل بالزنى فرجم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يرجع من زاد على عدد البينة، لرجوع الثالث في شهادة القتل والخامس في شهادة الزنا، فلا قود عليه لوجوب القتل والرجم بشهادة الباقين، ولا يجوز أن يستحق القود في قتل قد وجب، وأما الدية ففيها وجهان:

أحدهما: لا شيء عليه منها تعليلاً بهذا المعنى.

والوجه الثاني: عليه قسطه من الدية، لأنه مقر بعد، وأن يوجب الضمان، فإن كان واحداً من ثلاثة في القتل ضمن ثلث الدية، وإن كان واحداً من خمسة في الزنى ضمن خمس الدية، ويكون ذلك مغلظاً حالاً إن عمد، ومخففاً مؤجلاً إن أخطأ.

والضرب الثاني: أن يرجع في الشهادة من ينقص به عدد الباقين عن البينة. كثلاثة شهدوا على رجل بالقتل فرجع منهم اثنان، أو خمسة شهدوا على رجل بالزنى فرجع منهم اثنان، فهاهنا يجب القود على الراجعين إن عمدوا وأقروا بعمد من لم يرجع ولا شيء على من لم يرجع لأن القتل لم يجب إلا بشهادة جميعهم وإن أخطأ الراجعان ضمناً الدية، وفي قدر ما يضمنان منها وجهان:

أحدهما: يضمن الاثنان من الثلاثة في القتل ثلثا الدية، لأنهما اثنان من ثلاثة. ويضمن الاثنان من الخمسة في الزنى خمسا الدية، لأنهما اثنان من خمسة اعتباراً بأعدادهم.

والوجه الثاني: يضمن الاثنان من الثلاثة في القتل نصف الدية، لبقاء الواحد الذي هو نصف البينة، ويضمن الاثنان من الخمسة في الزنا ربع الدية لبقاء الثلاثة الذين هم ثلاثة أرباع البينة، اعتباراً بعدد البينة.

فصل: وإذا شهد أربعة على رجل بالزنى ولم يثبت حصانته، فشهد بها اثنان ثم رجع شهود الحصانة ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليهم، لأنهم لم يشهدوا بالفعل الموجب للرجم.

والوجه الثاني: عليهم الضمان لأنه رجم بما شهدوا به من الإحصان. وفي قدر ما يضمنه شاهدا الحصانة وجهان:

أحدهما: أنه نصف الدية، لأنهم رجم بنوعين، الإحصان والزنا فتقسطت الدية عليهما.

والوجه الثاني: عليهما ثلث الدية، لأنه رجم بشهادة ستة فتقسطت الدية على عددهم.

ولو رجع شهود الزنا، فإن أخطأوا وجبت عليهم الدية دون القود، وفي قدر ما يلزمهم منها وجهان[1]:

أحدها: جميع الدية إذا قيل: إن شهود الحصانة لا يضمنون.

والوجه الثاني: ثلث الدية إذا قيل إن شهود الحصانة يضمنون نصف الدية.

ولو عمد شهود الزنى كان وجوب القود عليهم معتبراً بعلمهم بحصانته، فإن علموا بها عند شهادتهم وجب عليهم القود، لأنهم شهدوا بما تعمدوا به القتل وإن جهلوا حصانته لم يجب عليهم القود لأنهم لم يتعمدوا قتله.

ولو رجع واحد من شهود الزنى وواحد من شاهدي الحصانة ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن على شاهد الزنى ربع الدية ولا شيء على شاهدي الحصانة إذا قيل: إن شهود الحصانة لا يضمنون.

والوجه الثاني: أن على شاهد الزنى سدس الدية، وعلى شاهد الحصانة سدس الدية. إذا قيل بضمان شهود الحصانة على العدد.

والوجه الثالث: على شاهد الزنى ثمن الدية وعلى شاهد الحصانة ربع الدية. إذا قيل بضمان شهود الحصانة على النوع.

وأما القود فلا يجب على شاهد الحصانة، ووجوبه على شاهد الزنى معتبر بما ذكرناه من وجوبه عليه إن علم بحصانته، وسقوطه إن جهلها.

[القول في رجوع شهود الطلاق]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ هَذَا فِي طَلَاقٍ ثَلَاثٍ أَغْرَمْتُهُمْ لِلزَّوْجِ صَدَاقَ مِثْلِهَا دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا لأَنَّهُمْ حَرَّمُوهَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهَا قِيمَةٌ إِلاَّ مَهْرُ مِثْلِهَا وَلاَ أَلْتَفِتُ إِلَى مَا أَعْطَاهَا (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا غَلَطاً

---

(١) ثبت في د ثلاثة أوجه.

مِنْ غَيْرِ الشّافِعِيِّ وَمَعْنَى قَوْلِهِ المَعْرُوفِ أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُمْ ذَلِكَ بِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في رجوع الشهود عما اختص بالأبدان من الأقسام الثلاثة وهذه المسألة هي القسم الثاني في رجوعهم عما اختص بالأحكام وهو شيئان: الطلاق والعتق.

فأما الطلاق: فهو أن يشهدوا على رجل بطلاق الثلاث، فيفرق الحاكم بينهما، ثم يرجع الشهود، فهي ممنوعة من الزوج بعد نفوذ الحكم بطلاقها وعلى الشهود مهر مثلها للزوج.

وقال مالك، وأبو حنيفة: لا ضمان على الشهود.

استدلالاً: بأنه ليس لخروج البضع عن ملك الزوج قيمة، ولو كان مقوماً بمهر المثل في ملكه، لوجب إذا طلق زوجته في مرض موتها، أن يكون مهر مثلها محسوباً من ثلثه، كما لو أعتق عبده في مرضه، ولوجب إذا طلقها وقد أحاط دينه بتركته أن لا يقع طلاقه، كما لم ينفذ عتقه وهذا مدفوع فدل على أنه لا قيمة له في خروجه من ملكه كما لا قيمة له فيما استهلكه عليه من غير ذي قيمة.

والدليل على وجوب ضمانه، أن عقد النكاح بعد الدخول أقوى وقبله أضعف، لارتفاع العقد بالردة قبل الدخول، ووقوفه على انقضاء العدة بعد الدخول، ووافقونا على تضمين الشهود إذا شهدوا بالطلاق قبل الدخول، فكان أولى أن يضمنوا إذا شهدوا به بعد الدخول.

وتحرير هذا الاستدلال قياساً، أنها شهادة بطلاق فرق بين الزوجين فاقتضى أن يكون الرجوع عنها موجباً للضمان كالشهادة قبل الدخول.

فإن قيل: فالمال قبل الدخول معرض للسقوط بردتها، وبالفسخ إذا كان من قبلها، وهو بعد الدخول مستقر لا يسقط بحال، فإذا شهدوا بالطلاق قبل الدخول فقد أثبتوا به صفة المعرض للسقوط فضمنوا، وإذا شهدوا به بعد الدخول لم يكن معه معرضاً للسقوط فلم يضمنوا.

قيل: عكس هذا أولى، لأن الصداق واجب بالعقد، فإذا شهدوا بالطلاق قبل الدخول فقد أسقطوا بها نصف الصداق، وإذا شهدوا به بعد الدخول لم يسقطوا به شيئاً من الصداق، فكان ضمانهم بعد الدخول أقوى من ضمانهم قبله.

فإن قيل: فهو بعد الدخول قد استوفى حقه من الاستمتاع، فلم يضمنوا وقبل الدخول لم يستوفه فضمنوا.

قيل: حقه في الاستمتاع باق ببقاء النكاح، وقد أبطلوه بشهادتهم في الحالتين فضمنوه فيها.

ودليل ثان: أن الإحالة بين الزوج وبضع امرأته إذا لم يفتقر إلى خلو العقد من مهر، فهو موجب لضمان المهر، كما لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة ضمنت الكبيرة مهر الصغيرة.

وقد وافقوا على ذلك إذا قصدت الكبيرة تحريم الصغيرة.

فإن قيل: فبفعل الكبيرة قد حرمت عليه نفسها، ولا يلزمها مهرها.

قيل: لأنه لو لزمها مهرها، لأفضى إلى خلو العقد من مهرها، ولا يفضي هذا إلى خلو عقد الصغيرة من مهرها، فلذلك ضمنت الكبيرة مهر الصغيرة، ولم تضمن مهر نفسها.

فإن قيل بعدهذا: لو قتلها لضمنت ديتها، ولا تضمن مهرها.

قيل: ضمان المنافع تسقط بضمان أعيانها، فأوجب ضمان ديتها سقوط مهرها.

ودليل ثـالث: أنه لما كان لدخول البضع في ملك الزوج قيمة وجب أن يكون لخروجه عن ملكه قيمة اعتباراً بسائر الأموال، فإن منعوا أن يكون لخروجه عن ملكه قيمة بما ذكروه دللنا عليه بجواز الخلع على البضع، فإنه يملك به العوض، ولا يجوز أن يملك العوض في مقابلة ما ليس له عوض.

ثم نجيب عما استدلوا به من أنه لا قيمة لخروجه عن ملكه.

وأما قولهم أنه لو طلقها في مرضه لم يكن من ثلاثة، ولو كانت مالاً لكانت من ثلثه لعتقه، فهو أننا نعتبر ما كان منتقلاً إلى ورثته بعد موته، والزوجة لا تنتقل إليهم بعد الموت.

فلذلك لم تعتبر من الثلث، وإن كان بضعها ملكاً له كأم الولد لو أعتقها في مرضه لم تكن من ثلثه وإن كانت ملكاً، لأنها لا تنتقل بعد الموت إلى ورثته، وهكذا لو طلقها في مرضه وقد أحاط دينه بتركته بعد طلاقه وإن لم ينفذ عتقه، لأنها لا تنتقل إلى الغرماء كعتق أم الولد، وخالف عتق العبد القِنِّ الذي يصرف في ديونه لو لم يعتق.

فصل: وإذ قد ذكرنا دلائل من أثبت الغرم ونفاه، فالذي أراه أولى من إطلاق هذين المذهبين أن الشهادة بهذا الطلاق الكاذب يوجب تحريمها في الظاهر دون الباطن. ويجوز لهما الاجتماع بعدها فيما بينهما وبين الله تعالى. على أصل مذهبنا في أن حكم الحاكم في الظاهر لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن، وإن خالفنا أبو حنيفة.

فاقتضى من مذهبنا أن ينظر في حال الزوج، فإن وصل إلى الاستمتاع بزوجته بمساعدتها له على ما أباحها الله تعالى في الباطن، فلا رجوع للزوج بمهرها على الشهود إذا رجعوا، لئلا يجمع بين الاستباحة والرجوع بالمهر.

وإن لم يصل إلى الاستمتاع بها، لامتناعها عليه تمسكاً بظاهر التحريم، رجع على الشهود بمهرها لتفويتهم عليه بضعها.

ويتفرع على هذا أن يشهد شاهدان على رجل بقذف امرأته بالزنا فيلاعن الحاكم بينهما، ثم يرجع الشاهدان، واللعان في الظاهر على نفاذه في وقوع الفرقة وتحريم الأبد، فأما نفوذه في الباطن فمعتبر بحال الزوج، فإن أمن حد القذف حين لاعن باختياره، فلا رجوع له على الشهود لوقوع الفرقة بلعانه.

وإن خاف من حد القذف، لم تقع الفرقة في الباطن، ولا رجوع له على الشهود إن أمكنته من نفسها، ويرجع عليهم إن منعته والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت وجوب الغرم على الشهود إذا رجعوا في الطلاق، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الطلاق ثلاثاً.

والثاني: دون الثلاث.

فإن كان ما شهدوا به من الطلاق فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بعد الدخول: فعليهم ضمان جميع المهر يقسط بينهم على أعدادهم، فإن شهد به اثنان، كان على كل واحد منهما نصفه، وإن شهد به ثلاثة، كان على كل واحد منهم ثلثه.

والضرب الثاني: أن تكون شهادتهم بالطلاق قبل الدخول، فقد اختلفت الرواية عن الشافعي في قدر ما يلزم الشهود:

فروى عنه المزني أن عليهم ضمان جميع المهر.

وروى عنه الربيع أن عليهم ضمان نصفه، واختاره المزني.

فاختلف أصحابنا في اختلاف ما نقلاه، فخرجه أكثرهم على قولين:

أحدهما: عليهم نصف المهر، وهو مذهب أبي حنيفة لأمرين:

أحدهما: لأنه قدر ما التزم.

والثاني: أنه قد رجع على الزوجة بنصفه، فلو رجع على الشهود بجميعه لصار إليه مهر ونصف، وهو لا يستحق أكثر من المهر فعلى هذا عليهم نصف مهر المثل، لأنه قيمة المتلف.

وقال أبو حنيفة: نصف المهر المسمى اعتباراً بما غرم.

والقول الثاني: يلزمهم جميع مهر المثل لأمرين:

أحدهما: أنهم قد أحالوا بينه وبين ما ملكه من جميع البضع، فوجب أن يرجع عليهم بجميع مهرها كما يرجع به لو دخل بها.

والثاني: أنه لما رجع بجميع المهر إذا استمتع بها، كان أولى أن يرجع بجميعه إذا لم يستمتع بها

فعلى هذا، إن كان الصداق قد ساقه إليها لم يرجع عليها بنصفه، لأنه لا يدعيه. وإن لم يسقه إليها لم يلزمه إلا نصفه، وإن اعترف لها بجميعه لأجل منعه منها.

وامتنع بعض أصحابنا من تخريج الرجوع على قولين، وحملوا ما رواه من أوجب جميع المهر على الزوج إذا ساق جميع المهر إليها، لأنه خرج عن يده جميع المهر، فرجع عليهم بجميع المهر.

وهذه الطريقة عندي أولى عندي من تخريج القولين، لأن ما أمكن حمله على الاتفاق كان أولى من حمله على الاختلاف.

فصل: وإن كان ما شهدوا به من الطلاق أقل من الثلاث فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل الدخول. فيوجب الضمان على الشهود إذا رجعوا كما يوجبه طلاق الثلاث، لأنها تبين بالواحدة كما تبين بالثلاث.

والضرب الثاني: أن يكون بعد الدخول، فهو على ضربين:

أحدهما: أن لا تبين بالواحدة لأنه لم يتقدم منه طلاق فلا شيء على الشهود إذا رجعوا، لأن الزوج يقدر على استباحتها بالرجعة.

والضرب الثاني: أن تَبِين بالواحدة التي شهدوا بها وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك في خلع تبين فيه بالواحدة ورجع الشهود عنه فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون الشهادة على الزوجة لإنكارها عقد الخلع، فقد ألزموها العوض، ولا يكون الطلاق بدلاً منه في حقها، فلها الرجوع عليهم بما أغرموها.

والضرب الثاني: أن تكون الشهادة على الزوج لإنكارها عقد الخلع، فقد كانوا

ألزموه بالطلاق بما أوجبوه له من العوض وهو مستحق له، وإن لم يدعه، لحقه في بضعها، فإذا لم يصل إليه، كان له الوصول إلى بدله، وإذا كان كذلك نظر.

فإن كان العوض بقدر مهر المثل لم يرجع على الشهود بشيء، لوصوله إلى المهر من جهة الزوجة.

وإن كان العوض أقل من مهر المثل، يرجع على الشهود بالباقي من مهر المثل ليستكمله من الشهود والزوجة.

ومثله أن يشهدوا بشفعته في مبيع وينتزع من مشتريه بثمنه ثم يرجع الشهود عما شهدوا به من ملك الشفيع، فإن كان الثمن مثل قيمة الملك لم يضمنوا، وإن كان أقلَّ من قيمته ضمنوا فاضل القيمة.

وهكذا لو شهدوا على رجل أنه باع فانتزع منه ما شهدوا به من الثمن ثم رجعوا إن كان الثمن مثل قيمته لم يضمنوا، وإن كان أقل من القيمة ضمنوا فاضل القيمة.

ولو شهدوا بهبة ثم رجعوا.

فإن قيل بوجوب المكافأة لم يضمنوا، وإن قيل بسقوطها ضمنوا.

والضرب الثاني: أن تبين بالواحدة، لأن الزوج قد طلقها قبل الشهادة طلقتين فصارت بائنة بالثالثة، فقد أحال الشهود بها بينه وبين بضعها، فلزمهم الغرم بحكم الإحالة وفي قدر ما يلزمهم وجهان:

أحدهما: جميع المهر، لأنهم منعوه منها من جميع البضع.

والوجه الثاني: يلزمهم ثلث المهر، لأنه ممنوع من بضعها بثلاث طلقات اختص الشهود بواحدة منها، فكان ثلث المنع منهم فوجب ثلث المهر، فعلى هذا لو كان الزوج قد طلقها واحدة، وشهدوا بطلقتين رجع عليهم بثلثي المهر.

فهذا حكم شهادتهم بالطلاق إذا رجعوا عنه.

[القول في رجوع شهود العتق]

فصل: وأما شهادتهم بالعتق إذا رجعوا عنها في عبد كان قنًّا، فعليهم غرم قيمته بوفاق أبي حنيفة، وإن خالف في الطلاق.

وتعتبر قيمته عند نفوذ الحكم بشهادتهم، لا وقت رجوعهم، لأنه بالحكم صار مستهلكاً لا بالرجوع.

فإن شهدوا عليه بعتق مدبر ثم رجعوا عنه لزمهم غرم قيمته أيضاً؛ لأنه قد كان

على الرق وجواز البيع، فإن شهدوا عليه بعتق أم الولد رجع عليهم بقيمتها، وإن منع من بيعـها كما يرجع بالقيمة على قاتلها.

وإن شهدوا عليه بكتابة عبده، لم يغرموا عند الرجوع، وينظر ما يكون من حال المكاتب: فإن عجز وعاد إلى الرق فلا غرم على الشهود بعوده إلى الرق الذي كان عليه قبل الشهادة.

وإن أدى وعتق نظر في ما أداه من كتابته، فإن كان بقدر قيمته، ففي وجوب غرمها على الشهود وجهان:

أحدهما: لا غرم عليهم، لأن السيد قد وصل إلى القيمة من مكاتبه فصار كوصوله إلى المهر من خلع زوجته.

والوجه الثاني: يرجع عليهم بغرم قيمته وإن وصل إليها من مكاتبه، لأنه أداها من اكتتابه التي قد كان يملكها بغير كتابه، وبهذا خالف ما أدته المرأة في الخلع، لأن المؤدى لا يملكه الزوج إلا بالخلع.

وإن كان ما أداه المكاتب فيعتق به أقل من قيمته، رجع السيد على الشهود بالباقي من قيمته، وفي رجوعه عليهم بما أداه المكاتب وجهان تعليلاً بما قدمناه فيها.

فإن شهدوا بإبراء مكاتبه من مال كتابته فحكم عليه بعتقه، ثم رجع الشهود، غرموا له أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته، لأن القيمة إذا كانت أقل، فليس بأغلظ من العبد القن. فلا يلزمه أكثر منها، وإن كان مال الكتابة أقل، فليس له على المكاتب أكثر منه فلم يرجع بالزيادة والله أعلم.

[القول في رجوع شهود المال]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ كَانَ فِي دَارٍ فَأُخْرِجَتْ مِنْ يَدَيْهِ إِلَى غَيْرِهِ عُزِّرُوا عَلَى شَهَادَةِ الزُّورِ وَلَمْ يُعَاقَبُوا عَلَى الخَطَإِ وَلَمْ أُغْرِمْهُمْ مِنْ قِبَلِ أَنِّي جَعَلْتُهُمْ عُدُولاً بِالأَوَّلِ فَأَمْضَيْنَا بِهِمُ الحُكْمَ وَلَمْ يَكُونُوا عُدُولاً بِالآخِرِ فَتُرَدَّ الدَّارُ وَلَمْ يُفِيتُوا شَيْئاً لاَ يُؤْخَذُ وَلَمْ يَأْخُذُوا شَيْئاً لأَنْفُسِهِمْ فَأَنْتَزِعَهُ مِنْهُمْ وَهُمْ كَمُبْتَدِئِينَ شَهَادَةً لاَ تُقْبَلُ مِنْهُمْ فَلاَ أُغْرِمُهُمْ مَا أَقَرُّوهُ فِي أَيْدِي غَيْرِهِمْ».

قال الماوردي: وهذه المسألة هي القسم الثالث في رجوعهم عما اختص بالأموال، وهو ضربان: عين ودين.

فأما العين فكالدار والدابة إذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالكين الحائزين، فشهد الشهود بها لغيره فانتزعها الحاكم من يده بشهادتهم وسلمها، إلى

المشهود له، ثم رجع الشهود، لم يجز أن ينتزعها من المشهود له لنفوذ الحكم بها. والحكم لا ينتقض برجوعهم.

فأما وجوب غرمها على الشهود، فالذي نص عليه الشافعي فيها وذكره هنا وفي غيره من الكتب لا رجوع على الشهود بغرمها.

وقال فيمن أقر بدار في يده أنه غصبها من زيد ثم قال: لا بل غصبتها من عمرو: إنها تكون لزيد لتقدم الإقرار بها له، وهل يجب قيمتها لعمرو أم لا؟ على قولين:

وكذا قال في عبد أعتقه من هو في يده، ثم أقر بغصبه من عمرو، هل يغرم قيمته لعمرو أم لا؟ على القولين.

ورجوع الشهود كرجوع المقر بالغصب فاختلف أصحابنا في الجمع بينهما على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وطائفة: أنهما سيان، وفي غرم الشهود إذا رجعوا قولان:

أحدهما: عليهم غرم قيمة العين، وهو المخرج، وبه قال أبو حنيفة لاستهلاكها على مالكها حكماً، فصار كاستهلاكها عليه، فعلى هذا في قيمتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج عليهم قيمتها يوم الحكم بشهادتهم.

والوجه الثاني: عليهم أكثر قيمتها من يوم الحكم بشهادتهم إلى وقت رجوعهم. فهذا حكم القول الأول.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه: لا غرم عليهم، لأن الأعيان تضمن بواحد من أمرين: إما بإتلاف أو بيد، ولم يكن من الشهود إتلاف العين لبقائها، ولا يد لعدم تصرفهم فيها. فسقط غرمها عنهم.

والوجه الثاني: من مذهب أصحابنا: وهو قول أكثرهم، أنه لا غرم على الشهود قولاً واحداً. وإن كان في غرم المقر بالغصب قولان لوقوع الفرق بينهما بأن للغاصب يداً صار بها ضامناً، وليس للشهود يد يضمنون بها فافترق حكمها.

[القول في رجوع شهود الدين]

فصل: فأما الدين إذا شهدوا به على رجل أن عليه لزيد ألف درهم من قرض أو غصب فألزمه الحاكم دفعها إليه بشهادتهم فدفعها، ثم رجعوا عن شهادتهم، وللدين المقبوض حالتان:

أحدهما: أن يكون قد استهلكه المشهود له، فعلى الشهود غرمه لتلف العين

بالاستهلاك، ولا يجوز للشهود أن يرجعوا به على المشهود له إذا غرموا، ولا تسمع دعواهم عليه لما سبق من اعترافهم له بالحق.

والحال الثانية: أن يكون الدين المقبوض باقياً في يد المشهود له، فقد اختلف أصحابنا هل يكون في حكم الدَّين أم في حكم العين؟ على وجهين:

أحدهما: أن يكون في حكم العين لبقاء عينه، ولا يرجع على الشهود بغرمه على الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: أن يكون في حكم المستهلك من الدين لتعلقه بالذمة فيرجع على الشهود بغرمه.

فصل: وإذا ثبت الرجوع على الشهود بغرم الدَّين، لم يخل رجوعهم من أن يكون من جميعهم أو بعضهم.

فإن رجعوا جميعاً وكانوا شاهدين كان على كل واحد منهما نصف الدين. ولو

وإن كانوا شاهداً وامرأتين، كان على الرجل نصف الدين، لأنه نصف البينة، وكان على كل واحدة من المرأتين ربع الدين لأنها ربع البينة.

ولو كان الشهود ثلاثة رجال، كان على كل واحدٍ منهم ثلث الدين، لأنه ثلث البينة ولو كانوا عشرة كان على كل واحد منهم عشر الدَّين، لأنه عشر البينة.

ولو كانوا رجلاً وعشر نسوة كان على الرجل سدس الدين وعلى كل واحدة من النسوة نصف سدس الدين، وبه قال أبو حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد: على الرجل نصف الدَّين، لأنه نصف البينة وعلى كل واحدة من النساء نصف عشر، لأنها نصف عشر البينة وبه قال أبو العباس بن سريج.

وهذا خطأ، لأن كل امرأتين تقومان مقام الرجل، فصار النساء العشركخمسة رجال، فإذا اقترن بهم رجل صاروا معه كستة رجال، يلزم كل واحد منهم سدس الدين، فاقتضى أن يلزم الرجل سدس الدين ويلزم كل امرأتين سدسه، فتختص كل واحدة بنصفه.

وإن رجع بعض الشهود دون جميعهم، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن لا يزيدوا على عدد البينة، ويكونوا رجلين فيرجع أحدهما، فعليه نصف الدين، لأنه نصف البينة، وإن كانوا رجلاً وامرأتين ولو رجعت واحدة من المرأتين، فعليها ربع الدين، لأنها ربع البينة.

والضرب الثاني: أن لا يزيدوا على عدد البينة، ويرجع من زاد عليها كأربعة رجال يرجع منهم اثنان، ففي الرجوع على الراجعين وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: لا رجوع عليهما لكمال البينة بغيرهما.

والوجه الثاني: وهو قول المزني حكاه عنه أصحابه: يرجع عليهما، لأن الحق لم يتعين بشهادة غيرهما فلزمهما نصف الدين، لأنهما نصف البينة.

فلو شهدت مع الأربعة امرأة واحدة ثم رجعت المرأة من الرجلين فلا شيء على المرأة، لأنها إذا انفردت لم تدخل في جملة البينة.

والضرب الثالث: أن يزيدوا على عدد البينة ويرجع الزائد على البينة وبعض البينة كالثلاثة إذا رجع منهم اثنان وجب الرجوع عليهما وفي قدره وجهان:

أحدهما: يرجع عليهما بنصف الدين، لأنه قد بقي نصف البينة وهذا على الوجه الذي يسقط الرجوع عليهم إذا بقي بعدهم عدد البينة، وهو قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: أن يرجع عليهما بثلثي الدين، لأنهما ثلثا البينة، وهذا على الوجه الذي يوجب الرجوع عليهم إذا بقي بعدهم عدد البينة، وهو قول أبي إبراهيم المزني.

فلو كانوا رجلين وامرأتين فرجع منهم رجل وامرأة، ففي قدر الرجوع عليهم وجهان:

أحدهما: يرجع عليهما بربع الدين، لأنه قد بقي بالرجل والمرأة ثلاثة أرباع البينة، ويتحمل الرجل من الربع ثلثيه وهو سدس الدين وتتحمل المرأة ثلثه وهو نصف السدس من الدين، وهو قياس ابن سريج.

والوجه الثاني: أن يرجع عليها بنصف الدين، لأنهما نصف البينة، فيتحمل الرجل ثلثي النصف وهو ثلث الدين، وتتحمل المرأة ثلثه. وهو سدس الدين، وهو قياس قول المزني.

[القول في اختلاف الشهود في قدر الدين ورجوعهم عنه]

فصل: وإذا ادعى رجل على رجل مالاً فشهد له شاهد بمائة درهم، وشهد له شاهد ثان بمائتي درهم، وشهد له شاهد ثالث بثلاثمائة درهم، وشهد له رابع بأربعمائة درهم فقد قامت البينة على المشهود عليه بثلاثمائة درهم، لأن المائة الرابعة شهد بها شاهد واحد فلم تثبت. فإن رجع الشهود الأربعة بعد الغرم، رجع المشهود عليه بما غرمه وهو ثلاثمائة. ويختلف قدر ما يرجع به على كل واحد عنهم باختلاف ما شهدوا

به فالمائة الأولى قد شهد بها الأربعة، فيكون على كل واحد منهم ربعها وهو خمس وعشرون درهماً، والمائة الثانية قد شهد بها ثلاثة سوى الأول. فيكون لكل واحد منهم ثلثه ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم، والمائة الثالثة قد شهد بها اثنان سوى الأول والثاني، فيكون على كل واحد منهما نصفها، خمسون درهماً، فيصير الجميع ثلاثمائة درهم.

على الأول منها خمسة وعشرون درهماً، وعلى الثاني منها ثمانية وخمسون درهماً وثلث، وعلى الثالث مائة وثمانية وثلث وعلى الرابع مائة وثمانية وثلث.

[القول في رجوع شهود الدين عن بعض ما شهدوا به]

فصل: وإذا شهد ثلاثة على رجل بثلاثين درهماً ثم رجع أحدهم عن عشرة دراهم، ورجع ثان عن عشرين درهماً، ورجع الثالث عن ثلاثين درهماً، فللمشهود عليه إذا غرم الثلاثين أن يرجع منها بعشرين، لأن العشرة الثانية قد بقي منها بعد الراجع شاهدان، فتكون العشرة الأولى عليهم أثلاثاً، لأنه قد رجع عنها الثلاثة فيلزم كل واحد منهم ثلاثة دراهم وثلث درهم. والعشرة الثانية قد رجع عنها اثنان، فهي عليهما نصفان، على كل واحد منهما خمسة دراهم، يصير الجميع عشرين درهماً، منها على الراجع عن العشرة ثلاثة دراهم وثلث، وعلى الراجع عن العشرين ثمانية دراهم وثلث، وعلى الرجع عن الثلاثين ثمانية دراهم وثلث.

فأما العشرة الرابعة فلا رجوع عنها بشيء على أصح الوجهين.

وعلى الوجه الثاني: يرجع على الراجع عنها بثلثها وهي ثلاثة دراهم وثلث.

والعشرة الثانية تثبت بثلاثة ورجع مليها اثنان، فعلى أحد الوجهين يلزمهما نصفها لأنه بقي شاهد واحد، وعلى الوجه الثاني: ثلثاها، فأما جميعها فلا.

فصل: فإذا ثبت الرجوع على الشهود بغرم الدين الذي رجعوا عنه على ما وصفنا من التقرير والتفريع، فلا فرق في الرجوع بين عمدهم وخطئهم بخلاف الدماء، لأن ضمان الأموال يستوي فيه العمد والخطأ والدماء يفترق فيها حكم العمد والخطأ، ويفسقون فيها بالعمد دون الخطأ ويعزرون في عمد الأموال وعمد الدماء إذا لم يجب فيها القود فإن وجب فيها القود فأقيدوا في نفس أو طرف، سقط التعزير لدخوله على القود فإن عدل ولي الدم فيه عن القود إلى الدية ففي تعزير الشهود وجهان:

أحدهما: لا تعزير عليهما، لأن الدية بدل عن القود الذي يسقط به التعزير.

والوجه الثاني: يعزرون، لأن التعزير ثابت يختص بالأبدان.

[بَابُ عِلْمِ الحَاكِمِ بِحَالِ مَنْ قَضَى بِشَهَادَتِهِ]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا عَلِمَ القَاضِي أَنَّهُ قَضَى بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ أَوْ مُشْرِكَيْنِ أَوْ غَيْرِ عَدْلَيْنِ مِنْ جَرْحٍ بَيِّنٍ أَوْ أَحَدُهُمَا رَدَّ الحُكْمَ عَلَى نَفْسِهِ وَرَدَّهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: قد مضى القول في أن شهادة العبد والكافر غير مقبولة بما قدمناه من الدليل. فإذا ثبت حكم الحاكم بشهادة شاهدين في حد أو قصاص، أو عتق، أو طلاق، أو ملك، أو مال، ثم بان له بعد نفوذ حكمه بهما، أنهما عبدان أو أحدهما أو كافران أو أحدهما عبد والآخر كافر، فإن الحكم بشهادتهما مردود، لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بها فصار كحكمه بها مع علمه وجرى مجرى من حكم بالاجتهاد ثم بان له مخالفة النص، كان حكمه مردوداً قبل الحكم وبعده.

فإن قيل: فقد اختلف في شهادة العبد، فأجازها شريح، والنخعي، وداود. وأجاز أبو حنيفة شهادة الكافر في موضع، والاختلاف فيها دليل على جواز الاجتهاد فيها، ولا يجوز أن ينقض بالاجتهاد حكماً نفذ بالاجتهاد.

قيل: قد اختلف فيما ردت به شهادة العبد على ثلاثة مذاهب:

أحدها: بظاهر نص لم يدفعه دليل، فصار كالدليل، وهو قوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وليس العبد ممن يرضى.

فعلى هذا يكون الحكم بشهادته مخالفاً للنص فكان مردوداً.

والثاني: أنها مردودة بقياس على الشواهد غير محتمل، انعقد عليه إجماع المتأخرين بعد شذوذ الخلاف من المتقدمين، فصار مردوداً بإجماع انعقد على قياس جلي.

والثالث: أنها ردت باجتهاد ظاهر الشواهد فلم يجز أن ينقض باجتهاد خفي الشواهد، لأن الأقوى أمضى من الأضعف، وإنما يتعارضان إذا تساويا في القوة والضعف، على أن الاجتهاد لم يكن في الحكم بشهادته، وإنما حكم بها، لأنه لم يعلم أنه عبد ثم علم بعبوديته قطعاً فوجب أن يقضي بعلمه على ما اشتبه وأشكل.

فثبت أن الحكم بشهادة العبد والكافر مردود، وقد وافق عليه أبو حنيفة، ومالك، وجمهور الفقهاء.

فصل: فإذا ثبت أن الحكم بها مردود، فقد اختلف أصحابنا، هل يقع باطلاً لا يفتقر إلى الحكم بنقضه، أو يكون موقوفاً على وجوب الحكم بنقضه؟ بحسب اختلافهم في المانع من الحكم به.

فمن جعل دليل رده نصاً أو إجماعاً، جعله باطلاً لا يفتقر إلى الحكم بنقضه، لكن على الحاكم أن يظهر بطلانه لما قدمه من ظهور نفوذه.

ومن جعل رده قوة الاجتهاد في شواهده، جعله موقوفاً على وجوب الحكم لا بنقضه لأن غيره شواهده معلومة بالاجتهاد فصار موقوفاً على الحكم بنقضه وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه لأنه قال من بعد: ورد شهادة العبد إنما هو بتأويل.

وليس بتحريف السجل نقضاً للحكم حتى ينقضه بالحكم قولاً، ووجب عليه أن يسجل بالنقض كما أسجل بالحكم ليكون السجل الثاني مبطلاً للسجل الأول، كما صار الحكم الثاني ناقضاً للحكم الأول، فإذا لم يكن قد أسجل الحكم لم يلزمه الإسجال بالنقض، وإن كان الإسجال به أولى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «بَلِ القَاضِي بِشَهَادَة الفَاسِقِ أَبْيَنُ خَطَأً مِنْهُ بِشَهَادَةَ العَبْدِ وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ جَلَّ ثَنَاؤُهُ قَالَ ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ وَقَالَ ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وَلَيْسَ الفَاسِقُ بِوَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ فمن قَضَى بِشَهَادَتِهِ فَقَدْ خَالَفَ حُكْمَ اللَّهِ وَرَدَّ شَهَادَةَ العَبْدِ إِنَّمَا هُوَ تَأْوِيل وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ طَلَبَ الخَصْمُ الجَرْحَةَ أَجَّلَهُ بِالمِصْرِ وَمَا قَارَبَهُ فَإِنْ لَمْ يَجِيءْ بِهَا أَنْفذَ الحُكْمُ عَلَيْهِ ثُمَّ إِنْ جَرَحَهُمْ بَعْدَ لَمْ يُرَدَّ عَنْهُ الحُكْمُ (قال المزني) قِيَاسُ قَوْلِهِ الأَوَّلِ أَنْ يَقْبَلَ الشُّهُودَ العُدُولَ أَنَّهُمَا فَاسِقَانِ كَمَا يَقْبَلُ أَنَّهُمَا عَبْدَانِ وَمُشْرِكَانِ وَيَرُدُّ الحُكْمَ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا خلاف في رد شهادة الفاسق بالنص، فإذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان له فسقهما، فإن كان الفسق طارئاً أمضى الحكم بشهادتهما فهو على صحته ونفاذه.

وإن كان الفسق متقدماً قبل إمضاء الحكم بشهادتهما، فمذهب الشافعي المنصوص عليه في جميع كتبه، أن الحكم بشهادتهما مردود وأن الفسق أسوأ حالاً من الرق، لأن خبر العبد مقبول وخبر الفاسق مردود.

ونقل المزني في هذا الموضع عن الشافعي: أن الحاكم إذا أطرد المشهود عليه جرح الشهود مدة إطراده، فلم يأت بالجرح، فأمضى الحكم عليه بشهادتهما، ثم أتى بعد إمضاء الحكم عليه ببينة الجرح ثم كان حكمه عليه ماضياً، وظاهر هذا أنه قول بأن الحكم لا ينقض بشهادة الفاسق.

واختلف أصحابنا في صحة تخريجه:

فمذهب المزني وأبو العباس بن سريج تخريجه قولاً ثانياً، وجعلوا نقض الحكم بشهادة الفاسق على قولين:

أحدهما: ينقضه، وهو النص.

والقول الثاني: لا ينقضه، وهو المخرج وبه قال أبو حنيفة.

وذهب أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحاب الشافعي إلى المنع من تخريجه قولاً ثانياً، وأنه لا يجيء على مذهب الشافعي إلا ما نص عليه وصرح به من نقض الحكم بشهادته قولاً واحداً.

وأجابوا عما نقله المزني، فيمن اطرده الحاكم بجرح شهوده فأحضر بينة الجرح بعد انقضاء زمانه ونفوذ حكمه بجوابين:

أحدهما: أنه لم ينقضه، لأن الخصم أقام بينة بفسق الشهود مطلقاً، ولم يشهدوا بفسق الشهود قبل الحكم، فلم ينقضه لجواز حدوثه بعد نفوذ الحكم بها حتى يعينوا أنه كان فاسقاً قبل الشهادة أو بعدها وقبل نفوذ الحكم بها فينقضها.

وأما الجواب الثاني: أنه محمول على أن الخصم عجز عن بينة الجرح عند اطراده فحكم عليه، ثم عاد يسأل الحاكم إطراده ثانية، ولا يجوز أن يطرده الجرح بعد إبطال الإطراد، لأن الإطراد يوجب نقض الحكم عليه، والحكم قد نفذ، فلا يجوز أن يعاد إلى الوقف على الإطراد.

فإن بان للحاكم الفسق من غير إطراد الخصم، بأن قامت عنده البينة بأنه شرب خمراً أو قذف محصناً قبل شهادته، نقض الحكم بها، فبان أن مذهب الشافعي رحمه الله نقض الحكم بشهادة الفاسق من غير أن يختلف قوله فيه كما ينقضه بشهادة العبد والكافر.

وقال أبو حنيفة: لا ينقض الحكم بشهادة الفاسق، وإن نقضه بشهادة العبد والكافر استدلالاً بأن الرق والكفر مقطوع بهما والفسق مجتهد فيه، فجاز نقضه بالمقطوع به كما ينقض بمخالفة النص، ولم يجز أن ينقض بمجتهد فيه، لأن الحكم إذا نفذ بالاجتهاد لم ينقض بالاجتهاد.

والدليل على نقض الحكم بفسقه كما ينقض برقه شيئان:

أحدهما: أن اشتراط العدالة نصّ، واشتراط الحرية اجتهاد، فإن نقض الحكم بمخالفة المشروط بالنص لاجتهاد، كان أولى أن ينقض لمخالفة المشروط بالنص.

والثاني: أن العبد مقبول الخبر، والفاسق مردود الخبر، والشهادة كالخبر، فلما نقض الحكم بشهادة من يقبل خبره، كان أولى أن ينقض بشهادة من يرد خبره.

وأما الجواب عن قوله: إن الرق مقطوع به والفسق مجتهد فيه، فهو أنهما إذا صارا معلومين، صار الرد بالفسق مقطوعاً به. والرد بالرق مجتهداً فيه. فكان بالعكس أحق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَنْفَذَ القَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا قَطْعاً ثُمَّ بَانَ لَهُ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمَا شَيْءٌ لأَنَّهُمَا صَادِقَانِ فِي الظَّاهِرِ وَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ لاَ يَقْبَلَ مِنْهُمَا فَهَذَا خَطَأٌ مِنْهُ تَحْمِلَهُ عَاقِلَتُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا وجب نقض الحكم برد الشهادة إما لفسق أو لرق أو كفر، فسواء. ولا يخلو الحكم من أن يفضي إلى استهلاك أو لا يفضي.

فإن لم يفض إلى استهلاك لم يتعلق بنقضه ضمان، وكان نقضه معتبراً بالحكم.

فإن كان في عقد نكاح عقد بشاهدين فبَانَا عبدين، أو كافرين، أو فاسقين. افتقر إلى حكم الحاكم بنقضه، لأن مالكاً يجيز عقد النكاح بغير شهود إذا أعلن.

وإن كان في إثبات نكاح اختلف فيه الزوجان، فإن بان فسق الشاهدين حكم بنقضه ولم ينقض بظهور فسقهما إلا أن يحكم به لخلاف أبي حنيفة فيه وفرق بين الزوجين فيه بعد يمين الزوجة المنكرة.

وإن بان كفر الشاهدين أظهر نقض الحكم ولم يفتقر نقضه إلى حكم لوقوعه منتقضاً لرد شهادتهما بالنص المجمع عليه.

وإن بان رق الشاهدين، فهل يفتقر نقضه إلى الحكم به أم لا؟ على وجهين مبنيين على الاختلاف في شهادته هل ردت بظاهر نص، أو إجماع عن ظاهر اجتهاد ظاهر أو على ما قدمنا.

وهكذا في كل حكم نفذ بشهادتهم يكون الحكم بنقضه معتبراً بأحوال شهوده في اختلافهم في الوجوه الثلاثة في الرق والكفر والفسق فيحتاج إلى الحكم بنقضه في الفسق، ولا يحتاج إلى الحكم بنقضه في الكفر، وفي احتياجه إلى الحكم بنقضه في الرق وجهان.

وإن كانت الشهادة بنقضه في طلاق فرق فيه بين الزوجين، وقع ما أوقعه من الطلاق وجمع بين الزوجين بعد يمين الزوج المنكر.

وإن كانت الشهادة في عتق أنفذ بها حرية العبد، حكم برقه وبقائه على ملك سيده، ويملك اكتتابه بعد يمين السيد في إنكار عتقه.

وإن كانت الشهادة على نقل ملك من دار أو عقار، حكم بإعادته على المشهود عليه مع أجرة مثله بعد يمينه على إنكاره، فإن طلب إعادة الدار إلى يده ليحلف بعد ردها عليه، وجب على الحاكم أن يرفع عنها يد المشهود له، لبطلان بينته ولا يأمر بردها على المشهود عليه، لأن أمره بالرد حكم له بالاستحقاق ولا يمنعه منهما، لأن منعه حكم عليه بإبطال الاستحقاق، ويخلي بينه وبينهما من غير حكم بات، وهذا بخلاف الطلاق والعتق الذي لا يجوز التمكين منهما إلا بعد اليمين لما فيها من حقوق الله تعالى.

وإن كانت الشهادة في دين حكم بقضائه، فإن كان ماله بعد قضائه باقياً في يد المشهود له حكم برده على المشهود عليه بعينه ولم يعدل عنه إلى بدله، وإن استهلكه المشهود له، أخذ برد مثله. فإن أعسر به أقرضه الحاكم عليه من بيت المال ليكون ديناً عليه في ذمته يؤديه إذا أيسر به ويدفعه إلى المشهود عليه بدلاً من المأخوذ منه.

فصل: فأما إذا كان الحكم مفضياً إلى الاستهلاك والإتلاف، كالقصاص في نفس أو طرف، فهو موجب لضمان الدية دون القود، لأنه خرج عن حكم العمد إلى الخطأ والحكم به تم بالشهود والحاكم والمشهود له، فأما الشهود فلا ضمان عليهم لظهور رقهم، فلا يمنع وجود ذلك فيهم من أن يكونوا صادقين في شهادتهم، وخالف حال الشهود إذا رجعوا لاعترافهم بكذبهم، فلذلك ضمنوا بالرجوع ولم يضمنوا بالفسق والرق، وأما المشهود له فلا ضمان عليه، لأنه لا يمنع فسق شهوده من استحقاقه لما شهدوا به.

وإذا سقط الضمان عن هؤلاء، وجب الضمان على الحاكم.

وقال أبو حنيفة: إن الضمان على المزكين للشهود عند الحاكم دون الحاكم، لأنهم ألجأوه إلى الحكم بهذه الشهادة.

وهذا فاسد، لأن المزكين شهدوا بالعدالة دون القتل، فلم يجز أن يضمنوا ما لم يشهدوا به من القتل ووجب الضمان على من حكم بالقتل، لأنه قد تعين منه في فعله.

وإذا كان كذلك وجب ضمان الدية على الحاكم، سواء تقدم بالقصاص إلى ولي الدم أو إلى غيره.

وقال أبو سعيد الإصطخري: إن تقدم به الحاكم إلى ولي الدم كان ضمان الدية على الولي، وإن تقدم به إلى غيره كان الضمان على الحاكم.

وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه عن أمره في الحالين.

والثاني: أنه لما لم يضمنه مباشرة إذا كان ولي الدم مع عدم استحقاقه، فأولى أن لا يضمنه وليه مع جواز استحقاقه.

فإذا تقرر ضمان الدية على الحاكم لم يضمنها في ماله، وفي محل ضمانها وجهان:

أحدهما: على عاقلته، لأنها دية خطأ به وتكون كفارة القتل في ماله.

والقول الثاني: يضمنها في بيت مال المسلمين لنيابته عنهم، وفي الكفارة على هذا وجهان:

أحدهما: في بيت المال كالدية.

والوجه الثاني: في ماله، لأن الكفارة مختصة بالمكفر. والله أعلم بالصواب.

[بَابُ الشَّهَادَة فِي الوَصِيَّةِ]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ لِعَبْدٍ أَنَّ فُلَانًا المُتَوَفَّى أَعْتَقَهُ وَهُوَ الثُّلُثُ فِي وَصِيَّتِهِ وَشَهِدَ وَارِثَانِ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ وَهُوَ الثُّلُثُ فِي الاثْنَيْنِ فَسَوَاءٌ وَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ (قال المزني) قِيَاسُ قَوْلِهِ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا وَقَدْ قَالَهُ فِي غَيْرِ هَذَا البَابِ».

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة هل هي في العتق الناجز في المرض، أو الوصية بالعتق بعد الموت؟

وكلام الشافعي يحتمل كلا الأمرين، لأنه قال: ولو شهد أجنبيان أنه أعتقه وهو الثلث في وصيته، ويشهد وارثان لعبد غيره أنه أعتقه وهو الثلث في وصيته، فلهم في مراد الشافعي تأويلان تختلف أحكامهما باختلاف المراد بها:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، وأبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، أنها مقصورة في الوصية بالعتق بعد الموت.

فيشهد أجنبيان أن المتوفى وصى بعتق عبده سالم بعد الموت وهوالثلث. ويشهد وارثان أنه وصى بعتق عبده غانم وهو الثلث، فعبر عن العتق بالوصية، لأنها وصية بالعتق. فتقبل شهادة الوارثين كما تقبل شهادة الأجنبيين، لأنهما لا يجران بها نفعاً ولا يدفعان بها ضرراً، فصار بالشهادتين موجباً بعتق عبدين قيمة كل واحد منهما ثلث التركة، وسواء كانت الوصية بعتقهما في الصحة أو في المرض، أو أحدهما في الصحة، والآخر في المرض، لاستواء الوصايا في الصحة والمرض والمتقدم والمتأخر وإذا كان كذلك فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون في الوصية بعتقهما دليل على تبعيض العتق كأنه قال: أعتقوا سالماً إن احتمله الثلث، وإلا فأعتقوا منه قدر ما احتمله وأعتقوا غانماً إن احتملوا الثلث، وإلا فأعتقوا منه قدر ما يخرج منه، فإذا كانت قيمة كل واحد منهما سواء صار كأنه قد وصى بعتق النصف من كل واحد منهما، فهاهنا يعتق من كل واحد منهما نصفه

ولا يقرع بينهما لأن من أوصى بعتق النصف من كل واحد من عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ولم يكمل العتق في أحدهما بالقرعة كذلك هاهنا.

فإن أراد المزني القرعة بينهما في هذا الموضع كان خطأ منه لما بيناه، والجواب عنه متفق عليه.

والضرب الثاني: أن تكون الوصية بعتقهما مطلقة، ليس فيها ما يدل على تبعيض العتق في كل واحد منهما فيكون كالموصى بعتقهما معاً، والثلث لا يحتملها لأنه لا فرق في الوصية بعتقهما بين الجمع والتفريق، فوجب أن يقرع بينهما ليكمل العتق في أحدهما كما أقرع رسول الله ﷺ بين ستة أعبد أعتقوا في المرض فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة، لأنه لا يجوز أن يعتقا معاً مع زيادتهما على الثلث الذي منع الشرع منه إلا بإجازة الورثة. ولا يجوز أن يقصد عتق أحدهما من غير قرعة، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ولا يجوز تبعيض العتق فيهما، لأن المقصود من العتق تكميل المنافع بالحرية، ولذلك إذا أعتق شركا له في عبد، قوم عليه باقيه لتكميل منافعه بعتق جميعه. فلم تبق بعد امتناع هذه الوجوه إلا دخول القرعة بينهما، لتكميل العتق فيمن قرع منهما.

فإن استوت قيمة العبدين وكان قيمة كل واحد منهما ثلث التركة فأيهما قرع عتق جميعه ورق الآخر، وإن اختلفت قيمة العبدين فكانت قيمة أحدهما ثلث التركة وقيمة الآخر سدسها، فإن قرع من قيمته الثلث عتق جميعه ورق جميع الآخر، وإن قرع من قيمته السدس عتق جميعه ونصف الآخر ورق باقيه.

وإن أراد المزني الإقراع بينهما في هذا الموضع فقد أصاب في الجواب، وأخطأ في العبارة، لأنه مذهب الشافعي وليس بمقيس على مذهبه، فكان الأصح في عبارته أن يقول: هذا مقتضى قوله، ولا يقول: هذا قياس قوله.

«وإن كان الخطأ في العبارة مع الصواب في المعنى مغفوراً»، فإنما أراد الشافعي بقوله: [عتق] من كل واحد منهما نصفه، يعني في الحكم، ويكمل في أحدهما بالقرعة، تعويلاً على ما أبانه من مذهبه في غير هذا الموضع.

وهذا الجواب متفق عليه إذا ثبتت عدالة الوارثين وعدالة الأجنبيين فإن ثبتت عدالة الوارثين وفسق الأجنبيين بطلت الوصية بعتق من شهد بها الأجنبيان ورق جميعه. وصحت بعتق من شهد بها الوارثان وعتق جميعه.

وإن ثبتت عدالة الأجنبيين وفسق الوارثين، بطلت الوصية بعتق من شهد له الوارثان ورق جميعه، وصحت بعتق من شهد له الأجنبيان وعتق جميعه ولا يلزمهما

بالإقرار بعد رد الشهادة أن يعتق من شهدا له بالوصية، لأنه لا ينفذ العتق بالوصية حتى يعتق بعد الوصية، وليس يلزم أن يعتق بالوصية إلا من احتمله الثلث، وقد استوعب الثلث بعتق من شهد له الأجنبيان فبطلت في غيره وإن أقر بها الوارثان.

فصل: والثاني من تأويل أصحابنا: أن المسألة مصورة في عتق ناجز في حياة المعتق. فشهد أجنبيان أنه أعتق عبده سالماً وهو الثلث، ويشهد وارثان أنه أعتق عبده غانماً، وهو الثلث، وقولهم: وفيه أي في المرض الذي يكون العتق فيه معتبراً بالثلث كالوصية. فعبر عن المرض بالوصية، لأن العتق لو كان في الصحة لأوجبت الشهادتان عتق العبدين، وإن زادا على الثلث، لأن عطايا الصحة لا تعتبر بالثلث. وإذا كان كذلك فالشهادتان على ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يدل على تقدم عتق أحدهما على الآخر فيتحدد بها عتق المتقدم ورق المتأخر إذا تساويا في تقويم كل واحد منهما بالثلث ولا يقرع بينهما لتحري العتق المتقدم المزيل للإشكال. فامتنعت فيه القرعة المستعملة مع الإشكال.

فإن أراد المزني الإقراع بينهما في هذا الموضع فقد أخطأ لما بيناه.

والضرب الثاني: أن تدل الشهادتان على وقوع عتقهما في حالة واحدة، وهذا يكون في تعليق عتقهما بصفة واحدة. كقوله: إذا أهل رمضان فسالم حر، وإذا أهل رمضان فغانم حر فإن أهل رمضان عتقا واستوى [في] عتقهما حكم الجمع والتفريق. فيجب الإقراع بينهما لامتناع عتقهما معاً، وأعتق منهما من قرع ورق الآخر.

وإن أراد المزني بالقرعة بينهما في هذا الموضع فقد أصاب في الحكم وإن أخطأ في العبارة، والجواب في هذين الضربين متفق عليه.

والضرب الثالث: أن تدل الشهادتان على تقدم عتق أحدهما على الآخر ولا يكون فيها بيان المتقدم والمتأخر، ففيه قولان:

أحدهما: يقرع بينهما ويعتق من قرع منهما. نصّ عليه الشافعي في كتاب «الأم».

ويكون المزني في هذا القول مصيباً في اعتراضه، وإنما استعملت القرعة بينهما، لامتناع الجمع بينهما وعدم المزية في أحدهما، فكان تكميل الحرية في أحدهما أولى من تبعيضها فيهما.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع، أن يعتق من كل واحد منهما نصفه ولا يقرع بينهما، لأنه ربما عتق بالقرعة مستحق الرق لتأخره ورق بها مستحق العتق لتقدمه، فإذا عتق نصفهما ورق نصفهما، عتق نصف المتقدم وعتقه

مستحق، ورق نصف المتأخر ورقه مستحق، فصارت أقرب إلى الاستحقاق من الإقراع.

ويكون المزني على هذا القول مخطئاً في اعتراضه.

فصل: ويتفرع على هذين القولين: إذا اختلفت قيمة العبدين فكانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر السدس، فإن قيل بالقول بالأول أنه يقرع بينهما، نظر في القارع من هذين، فإن كان صاحب الثلث عتق جميعه ورق جميع الآخر، وإن كان القارع منها صاحب السدس عتق جميعه ونصف الآخر ورق باقيه.

وإن قيل بالثاني: أنه يعتق النصف من كل واحد منهما إذا تساويا عتق من كل واحد من هذين ثلثاه، لأن ثلثي الثلث وثلثي السدس، ثلث جميع المال، ويصح من ثمانية عشر سهماً هي مخرج «ثلثي السدس» ثلثا ثلثها أربعة، وثلثا سدسها سهمان، وهي مع الأربعة ستة، وهي ثلث جميع المال المشتمل على ثمانية عشر سهماً.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من جواز الشهادة بالعتق الناجز عن الأضرب الثلاثة فهو إذا ثبتت عدالة الأجنبيين وعدالة الوارثين.

فإن ثبتت عدالة الوارثين وفسق الأجنبيين بطل عتق من شهد له الأجنبيان ورق جميعه، ونفذ عتق من شهد له الوارثان وتحرر جميعه.

وإن ثبتت عدالة الأجنبيين وفسق الوارثين عتق جميع من شهد له الأجنبيان، فبطلت شهادة الوارثين وصارا بعد رد الشهادة مقرين وإقرارهما بالعتق الناجز مخالف لإقرارهما بالوصية بالعتق؛ لأن الإقرار بالعتق الناجز موجب لزوال الملك، والإقرار بالوصية بالعتق غير موجب لزوال الملك فلذلك لم يلزمهما في الوصية بالعتق غير ما أوجبته الشهادة لدخوله في ميراثهما بعد إقرارهما ولزمهما في العتق الناجز غير ما أوجبته الشهادة لإقرارهما بخروجه عن ميراثهما بعد إقرارهما وإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد أن صارا برد الشهادة مقرين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقا الأجنبيين على شهادتهما، فيلزمهما بعد استيعاب الثلث بشهادة الأجنبيين ما كان يلزم في التركة لو أمضيت شهادتهما مع الأجنبيين ويختلف ذلك باختلاف الأضرب الثلاثة:

فإن كان في الضرب الأول: أن تدل الشهادتان على تقدم عتق أحدهما على الآخر وتعيين المتقدم على المتأخر ينظر:

فإن كان عتق المتأخر بشهادة الأجنبيين، عتق في التركة بشهادتهما وعتق المتقدم على الوارثين بإقرارهما.

وإن كان عتق المتقدم بشهادة الأجنبيين، عتق في التركة بشهادتهما ولم يعتق المتأخر على الوارثين مع إقرارهما، لأنه يرق ولو قبلت شهادتهما، لأن المستحق في الشهادتين عتق المتقدم دون المتأخر.

وإذا كان ذلك في الضرب الثاني أن تدل الشهادتان على وقوع عتقهما معاً في حالة واحدة يقرع بينهما عتق في التركة من شهد بعتقه الأجنبيان، ولم يعتق على الوارثين من شهدا بعتقه، لأن شهادتهما لو قبلت لأوجبت الإقراع بين العبدين، ولو أقرع بينهما جاز أن تقع القرعة على من شهد له الأجنبيان ويرق من شهد له الوارثان، فترددت حاله مع صحة الشهادتين بين الرق والعتق، فلم يلزم أن يتعين فيه العتق مع الرق.

وإذا كان ذلك في الضرب الثالث: أن تدل الشهادتان على تقدم أحدهما على الآخر ويشكل المتقدم والمتأخر، وهو مبني على ما ذكرنا فيهما من القولين:

فإن قيل: إنه يقرع بينهما مع صحة الشهادتين، لم يعتق على الوارثين من شهدا بعتقه وعتق في التركة من شهد الأجنبيان بعتقه، لأن دخول القرعة بينهما مع صحة الشهادتين لا توجب تعيين العتق في شهادة الوارثين.

وإن قيل بالقول الثاني: إنه يعتق من كل واحد منهما نصفه مع صحة الشهادتين عتق في التركة جميع من شهد له الأجنبيان، وعتق على الوارثين نصف من شهدا له، لأنه قد كان يعتق نصفه مع صحة شهادتهما فوجب أن يعتق مع ردها بإقرارهما.

والحال الثانية: أن يقدح الوارثان في شهادة الأجنبيين بتكذيبهما، فيعتق جميع العبدين أحدهما بشهادة الأجنبيين والآخر بإقرار الوارثين في الأضرب الثلاثة، لأن الوارثين مقران أنه لم يعتق غير من شهدا بعتقه، فألزمناهما عتقة بإقرارهما، وقد شهد الأجنبيان بعتق غيره فأعتقناه بشهادتهما.

والحال الثالثة: أن يختلف الوارثان في تصديق الأجنبيين فيصدقهما أحد الوارثين ويكذبهما الآخر، فيلزم المصدق ما كان يلزمه مع أخيه لو صدق، ويلزم المكذب ما كان يلزمه مع أخيه لو كذب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ الوَارِثَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ عِتْقِ الأَوَّلِ وَأَعْتَقَ الآخَرَ أَجَزْتُ شَهَادَتُهُمَا وَإِنَّمَا أَرُدُّ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا جَرَّا إِلَى أَنْفُسِهِمَا فَإِذَا لَمْ يَجُرَّا فَلاَ فَأَمَّا الوَلاَءُ فَلاَ يَمْلِكُ مِلْكَ الأَمْوَالِ وَقَدْ لاَ يَصِيرُ فِي أَيْدِيهِمَا بِالوَلاَءِ شَيْءٌ وَلَوْ أَبْطَلْتُهُمَا بِأَنَّهُمَا يَرِثَانِ الوَلاَءَ إِنْ مَاتَ لاَ وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا أَبْطَلْتُهَا لِذَوِي أَرْحَامِهِمَا».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصية بالعتق وفيها دليل على أن المراد بالأولى الوصية بالعتق، ولا يمنع ذلك أن يذكر حكم العتق الناجز والموصى به جميعاً.

والزيادة في هذه المسألة أن يشهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبده سالماً قيمته الثلث، ويشهد وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم وأوصى بعتق غانم وقيمته الثلث. ويشهد وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم وأوصى بعتق غانم ردت شهادتهما وإن كانا عدلين، ولا ترد فيه شهادة الأجنبيين للحوق التهمة بالوارثين لعوده إلى ميراثهما.

فأما إذا شهدا أنه رجع عن الوصية بعتق سالم وأوصى بعتق غانم وهي في القيمة سواء قبلت شهادتهما في الرجوع عن الوصية بعتق سالم وفي الوصية بعتق غانم.

وزعم بعض العراقيين أنها تقبل في الوصية بعتق غانم ولا تقبل في الرجوع عن عتق سالم لأمرين:

أحدهما: أنها لما ردت في الرجوع لو انفردت ردت فيه إذا اقترنت بغيره.

والثاني: لدخول التهمة عليه من وجهين:

أحدهما: أن يكون سالم أكثر كسباً فيتملكاه.

والثاني: أن يكون غانم لا وارث له غيرهما فيرثاه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنهما لو شهدا بالوصية ولم يشهدا بالرجوع صحت شهادتهما وتعين العتق بالقرعة في أحدهما، فجاز أن يتعين فيه بشهادتهما.

والثاني: أن الواجب بالوصية إخراج الثلث من العتق، وشهادتهما بالرجوع لا يمنع منه، لأن تعيينه في أحدهما ينفي التهمة عنهما من وجهين:

أحدهما: أن المعتبر هو القيمة وقد التزماها.

والثاني: أن ما ظن بهما من طلب الكسب والميراث ليس بموجود في الحال وقد يكون من بعد وقد لا يكون، فلم يجز أن يعتبر به التهمة في الحال، وقال الشافعي: «لو أبطلت شهادتهما لذلك لأبطلتها لذوي أرحامهما».

فصل: ويتفرع على هذا أن يشهد أجنبيان بعتق سالم وغانم وقيمة كل واحد منهما الثلث. ويشهد وارثان أنه رجع عن عتق سالم إلى عتق غانم، قبلت شهادتهما، لأن الواجب بالشهادة عتق أحدهما، فلما جاز تعيينه بالقرعة، جاز تعيينه بشهادة الورثة

لانتفاء التهمة وعتق غانم ورق سالم بغير قرعة. كما جاز أن يكون كذلك بالقرعة.

ويتفرع على كل هذا، إذا شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو الثلث، وشهد وارثان أنه رجع عن عتق سالم وأوصى بعتق غانم وهو الثلث، وشهد أجنبيان أنه رجع عن عتق أحدهما وأوصى بعتق نافع بطلت الوصية بعتق سالم بشهادة الوارثين، ولم تبطل في غانم بشهادة الأجنبيين، لأنهما أطلقا الرجوع ولم يعيناه في غانم وثبتت بهما الوصية بعتق نافع، وقد ثبتت بشهادة الوارثين الوصية بعتق غانم وإبطال الوصية بعتق سالم، فيرق سالم، ويقرع بين غانم ونافع ويعتق منهما من قرع ويرق الآخر.

فإن شهد الوارثان برجوعه عن عتق نافع، جاز وتعينت الوصية بعتق غانم.

ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم، وشهد وارثان أنه أوصى بعتق غانم، وشهد أجنبيان أنه رجع عن عتق أحدهما، لم يكن للشهادة بالرجوع تأثير، لأنه لو لم يرجع أقرع بينهما، والرجوع إذا لم يعين يقتضي الإقراع، فبطل تأثير الشهادة بالرجوع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَاً هُوَ الثُّلُثُ وَصِيَّةً وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ رَجَعَ فِيهِ وَأَعْتَقَ عَبْدَاً هُوَ السُّدُسُ عُتِقَ الأَوَّلُ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ لِلْجَرِّ إِلَى أَنْفُسِهِمَا وَأَبْطَلَتْ حَقَّهُمَا مِنَ الآخَرِ بِالإِقْرَارِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في قبول شهادة الورثة بالرجوع في الوصية إذا لم يتهما، وردها إذا أتهموا، وصورة مسألتنا هذه أن يشهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وقيمته الثلث، ويشهد وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم وأعتق غانماً وقيمته السدس، فقد صارا بشهادتهما متهمين، لأنهما جرا بها بسدس التركة إلى أنفسهما، فتوجهت التهمة إليهما في نصف الرجوع وهو السدس.

وللشافعي في تبعيض الشهادة إذا ردت بالتهمة في بعض المشهود فيه، هل يوجب ردها في باقيه؟ قولان.

كشاهدين شهدا على رجل أنه قذف أمهما وأجنبية، ردت شهادتهما في قذف أمهما للتهمة وهل ترد في قذف الأجـنبية؟ على قولين:

فاختلف أصحابنا في تخريج هذين القولين في هذا الموضع.

فذهب أبو العباس بن سريج وجمهور البغداديين إلى أن تبعيض الشهادة في هذه المسألة على قولين:

أحدهما: أنها ترد في الجميع ولا تبعيض على ما نصّ عليه الشافعي في هذا الموضع، فعلى هذا تبطل شهادة الوارثين في كل الرجوع، ويعتق في التركة سالم

بشهادة الأجنبيين وهو الثلث، ويعتق غانم على الوارثين بإقرارهما.

والقول الثاني: تبعيض الشهادة هاهنا كما بعضها الشافعي رضي الله عنه في القذف على أحد القولين، فعلى هذا ترد شهادة الوارثين بالرجوع في نصف سالم «وتقبل في الرجوع بنصفه.» ويعتق نصفه بالوصية بشهادة الأجنبيين، ويرق نصفه بشهادة الوارثين، ويعتق جميع غانم بشهادة الوارثين وقد استوعب ثلث التركة بالشهادتين.

وذهب جمهور البصريين من أصحابنا إلى المنع من تبعيض الشهادة في هذا الموضع، وإن كان تبعيضها في الشهادة بالقذف على قولين، وجعلوا الفرق بينهما معتبراً بأن التهمة إذا توجهت إلى صفة الشاهد ردت، ولم يجز تبعيضها كالعداوة، وإذا توجهت إلى صفة المشهود فيه جاز تبعيضها على أحد القولين، والتهمة هاهنا في صفة الشاهد دون المشهود فيه، فردت جميعها ولم تبعض.

ويتفرع على هذا، إذا شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبد قيمته نصف التركة، وشهد وارثان أنه رجع عن الوصية بعتقه وأعتق عبداً قيمته ثلث التركة، قبلت شهادة الوارثين في الرجوع عن الأول وفي عتق الثاني في الثلث وتنتفى عنهما التهمة في الرجوع بالزيادة لأنها مردودة بالشرع، فقبلت شهادتهما في الرجوع بالكل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يَقُولاَ أَنَّهُ رَجَعَ فِي الأَوَّلِ أَقْرَعْتُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يُسْتَوْظَفَ الثُّلُثُ وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ المُفْتِينَ إِنَّ شَهَادَةَ الأَجْنَبِيَّيْنِ وَالوَرَثَةِ سَوَاءٌ مَا لَمْ يَجُرَّ إِلَى أَنْفُسِهِمَا».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في أن شهادة الورثة بالعتق والوصية مقبولة كالأجانب إذا لم يجروا بهما نفعاً، فإذا شهد الأجانب بعتق عبد قيمته الثلث، وشهد الورثة بعتق عبد قيمته السدس، ولم يقولوا: إنه رجع عن عتق صاحب الثلث، فالشهادتان ثابتتان بعتق عبدين يستوعبان نصف التركة، فيعتبر في تحرير العبد حال الشهادتين، فإنهما على أربعة أضرب:

أحدها: أن تكون شهادة الأجنبيين لصاحب الثلث بعتق بات في الحياة، وشهادة الورثة لصاحب السدس بالوصية بعتقه بعد الوفاة فيستوعب الثلث بالعتق البات في صاحب الثلث، وتبطل الوصية بعتق صاحب السدس لتقدم الناجز في الحياة على الوصية بعد الوفاة.

والضرب الثاني: أن تكون شهادة الأجنبيين لصاحب الثلث بالوصية بعتقه بعد الوفاة، وشهادة الوارثين لصاحب السدس بعتقه بات في الحياة فيعتق [جميع] صاحب

السدس، ويعتق من صاحب الثلث نصفه استكمالاً للثلث، ويرق باقيه وهو النصف.

والضرب الثالث: أن تكون الشهادتان بالوصية بعتق العبدين بعد الوفاة، فيستوي فيهما من تقدمت فيه الوصية ومن تأخرت، ويقرع بينهما ليستوظف الثلث من قرع منهما، فإن قرع صاحب الثلث عتق جميعه ورق جميع الآخر، وإن قرع صاحب السدس، عتق جميعه وبعض صاحب الثلث استكمالاً للثلث، ورق باقيه وهو نصفه.

والضرب الرابع: أن تكون الشهادتان بالعتق البات في الحياة، فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تدل الشهادتان على وقوع عتقهما في حالة واحدة فيقرع بينهما فيتحرر بالقرعة ليستكمل الثلث بعتق القارع ورق المقروع على ما بيناه.

والضرب الثاني: أن تدل الشهادتان على عتق أحدهما قبل الآخر، ويعلم بها المتقدم من المتأخر فيستوظف الثلث بالأول، فإن كان الأول صاحب الثلث عتق جميعه ورق صاحب السدس، وإن كان الأول هو صاحب السدس، عتق جميعه ونصف صاحب الثلث، استكمالاً للثلث ويرق نصفه الباقي.

والضرب الثالث: أن تدل الشهادتان على تقدم أحدهما على الآخر، ولا تدل على المتقدم من المتأخر، فقد ذكرنا فيها قولين:

أحدهما: يقرع بينهما ليستوظف الثلث بعتق القارع ورق المقروع على ما بيناه.

والقول الثاني: أنه يعتق من كل واحد منهما بقدر ما احتمله الثلث بغير قرعة. فيعتق من صاحب الثلث ثلاثة أرباعه، ويعتق من صاحب السدس ربعة.

وبيانه: أن ننزلها تنزيلين:

أحدهما: أن يكون الأول صاحب الثلث فيعتق جميعه ويرق صاحب السدس كله.

والثاني: أن يكون الأول صاحب السدس فيعتق جميعه ونصف صاحب الثلث، فيتحرر في التنزيلين أنه عتق نصف صاحب الثلث يقيناً.

وتعارض التنزيلان في صاحب السدس ونصف صاحب الثلث وهما في القيمة متساويان فاقتضى أن يكون السدس الباقي من الثلث بينهما نصفين، فيعتق من صاحب الثلث نصفه ومن صاحب السدس نصفه، فيصير النصف من صاحب الثلث ثلاثة أرباعه، ومن صاحب السدس نصفه.

ومثاله: أن يكون صاحب الثلث قيمته عشرة دنانير، وقيمة صاحب السدس خمسة

دنانير، وقد خلف المعتق سواهما خمسة عشرة ديناراً، فتصير التركة مع قيمتهما ثلاثين ديناراً، ثلثها عشرة دنانير، فيعتق من صاحب الثلث ثلاثة أرباعه سبعة دنانير ونصف، ويعتق من صاحب السدس نصفه بدينارين ونصف، فتصير قيمة المعتق منهما عشرة دنانير هي الثلث، ويبقى للورثة ربع صاحب الثلث بدينارين ونصف ونصف صاحب السدس بدينارين ونصف يضافان إلى خمسة عشرة ديناراً يصير عشرين ديناراً هي مثلاً ما خرج بالعتق.

[القول في الشهادة بالوصية بالمال]

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ رَجُلاَنِ لِرَجُلٍ بِالثُّلُثِ وَآخَرَانِ لآخَرَ بِالثُّلُثِ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ أَحَدِهِمَا فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شهد شاهدان أنه أوصى بثلث ماله لزيد، وشهد آخران أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، صحت الشهادتان بثلث المال لزيد وعمرو نصفين فإن أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث أمضيت الوصيتان بثلثي المال لزيد وعمرو فإن امتنعوا عن إجازة ما زاد على الثلث جعل الثلث بين زيد وعمرو نصفين، ولم يقرع بينهما وإن قرع بين العبدين لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشرع أثبت دخول القرعة في العتق دون التمليك.

والثاني: أن المقصود بالعتق كمال أحكام المعتق ولا يكمل تبعيض العتق فيه، فأقرع لكمال أحكامه، والمقصود بالوصية نفع الموصى له، وهو ينتفع بتبعيض الوصية، فلم يقرع مع وجود المنفعة.

فلو شهد وارثان أو أجنبيان أنه رجع عن الوصية بالثلث لزيد إلى الوصية بالثلث لعمرو، قبلت شهادتهما وصار الثلث كله لعمرو.

فإن شهد شاهدان بعد ذلك أنه رجع عن الوصية بالثلث لعمرو وصى بالثلث لبكر، صار الثلث كله لبكر، وبطلت في حق زيد وعمرو، وسواء كانت الشهادة من ورثة أو أجانب.

ولو شهد شاهدان لزيد بالثلث وشهد آخران لعمرو بالثلث، وشهد آخران برجوعه عن إحدى الوصيتين من غير تعيين، وهي مسألة الكتاب، لم تكن للشهادة بالرجوع تأثير، وبطل حكمها. وجعل الثلث بين زيد وعمرو.

فصل: ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو الثلث، وشهد وارثان أنه أوصى بثلث ماله لزيد لم يجز أن يقرع بينهما عند امتناع الورثة من إجازتها، لأن القرعة لا تدخل في المال وإن دخلت في العتق، فوجب إذا اجتمعا أن يغلب ما لا

تدخله القرعة، لأن دخولها رخصة، فإذا امتنعت القرعة في اجتماعهما، ففيها قولان:

أحدهما: أن يشرك بينهما في الثلث فيعتق نصف العبد ويدفع إلى زيد السدس.

والقول الثاني: أن يغلب العتق على الوصية فيعتق جميع العبد وترد جميع الوصية، لأن للعتق مزية بالسراية إلى غير الملك فقدم على الوصايا.

فلو شهد وارثان أنه رجع عن الوصية بالعتق، قبلت شهادتهما في رد العتق. وأمضيت الوصية بالثلث، ولو شهدا بالرجوع في الثلث، قبلت شهادتهما وأمضيت الوصية بالعتق لانتفاء التهمة عنهما في الشهادة بهذا الرجوع.

فصل: وإذا شهد شاهدان أنه دبر عبده سالماً وهو الثلث، وشهد شاهدان أنه أوصى بعتق عبده غانماً وهو الثلث ففيه قولان:

أحدهما: أنهما سواء ويقرع بينهما ويعتق من قرع منهما.

والقول الثاني: أن التدبير مقدم على الوصية بالعتق، لوقوع العتق فيه بالموت، فيعتق المدبر، ويرق الموصى بعتقه.

ولو شهد شاهدان أنه دبر عبده سالماً وهو الثلث، وشهد آخران أنه أوصى بعتق عبده غانماً وهو الثلث، وشهد آخران أنه أوصى بثلثه لزيد ففيه ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه يقدم التدبير فيستوظف به الثلث، ويرق الموصي بعتقه، وتبطل الوصية بثلثه.

والقول الثاني: أنه يشرك بين المدبر والموصى بعتقه ويقرع بينهما ويعتق من قرع منهما، وتبطل الوصية بثلثه.

والقول الثالث: أنه يشرك بين الجميع في الثلث فيدفع ثلث الثلث إلى الموصى له ويقرع بين المدبر والموصي بعتقه في ثلثي الثلث، فإذا قرع أحدهما عتق ثلثاه ورق ثلثه وجميع الآخر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي الشَّهَادَاتِ فِي العِتْقِ وَالحُدُودِ إِمْلَاءً وَإِذَا شَهِدَا أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ فَلَمْ يُعَدَّلَا فَسَأَلَ العَبْدُ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ أُجْرَ وَوَقَفْتُ إِجَارَتُهُ فَإِنْ تَمَّ عِتْقُهُ أَخَذَهَا وَإِنْ رَقَّ أَخَذَهَا السَّيِّدُ».**

قال الماوردي: وصورتها في عبد ادعى على سيده أنه أعتقه وأنكر السيد عتقه، فأقام العبد بينة بعتقه شاهدين مجهولي العدالة، فسأل العبد أن يحال بينه وبين سيده حتى تظهر العدالة ليحكم بعتقه، أجيب إلى الإحالة بين العبد وبين السيد حتى تظهر العدالة لأمرين: ـ

أحدهما: أنه قد قام بما عليه من الشهادة، وبقي ما على الحاكم من كشف العدالة.

والثاني: أن الظاهر من الشهادة صحتها، ولا يؤمن على العبد أن يباع، ولا على الأمة أن توطأ.

فإذا أحيل بينهما، لزم الحاكم أن يستظهر للسيد بأمرين كما استظهر للعبد بالمنع:

أحدهما: أن يضعه على يد أمين نيابة عن يد السيد.

والثاني: أن يؤجره بأجرة ينفق عليه منها، ويوقف باقيها على عدالة الشاهدين، فإن ثبتت عدالتهما حكم بعتقه ورد عليه باقي أجرته، وإن ثبت فسقهما حكم برقه وإعادته إلى سيده مع بقية أجرته، وإن لم يثبت لهما عدالة ولا فسق كان باقياً على الوقف ما بقي حال الشاهدين على الشهادة والجهالة.

ولو كانت هذه الدعوى في غير العتق من دين مدعي، وأقام مدعيه شاهدين مجهولي العدالة والجرح، فوقفت شهادتهما على الكشف، وسأل المدعي حبس خصمه على الكشف على العدالة أجيب إليها اعتباراً بعدالة الظاهر، ولم يحكم عليه بها حتى تثبت عدالة الباطن، ولم يكن لحبسه غاية إلا أن تثبت العدالة ليستوفي منه الحق، أو يثبت الفسق ويطلق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ وَادَّعَى شَاهِدَاً قَرِيباً فَالْقَوْلُ فِيهَا وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ: أَحَدِهِمَا مَا وَصَفْتُ فِي الوَقْفِ، وَالثَّانِي لاَ يُمْنَعُ مِنْهُ سَيِّدُهُ وَيَحْلِفُ لَهُ»**.

قال الماوردي: وصورتها: أن يقيم المدعي للعتق شاهداً على عتقه، ويسأل أن يحال بينه وبين سيده على إقامة الشاهد الآخر، ففي إجابته إلى ذلك قولان منصوصان:

أحدهما: يجاب إلى ذلك، لأن بقية العدد كبينة العدالة.

والقول الثاني: لا يجاب إليه لأنه قد أتى في كمال العدد بما عليه، وبقي ما على الحاكم من ظهور العدالة، ولم يأت في نقصان العدد بما عليه فلم يحكم له بما سأل.

فإن قيل: بأنه لا يجاب ولا فرق بين أن يكون الشاهد الذي أقامه معروف العدالة أو مجهولها، ويحلف السيد على إنكار العتق فيكون العبد في يده على الرق.

وإن قيل بأنه يجاب إلى الإحالة بينه وبين سيده لم يخل حال الشاهد من أن يكون معروف العدالة أو مجهولها، فإن كان معروف العدالة، حيل بينه وبين سيده إلى مدة

ثلاثة أيام، فإن أقام الشاهد الآخر حكم له بالعتق، وإن لم يقمه أحلف السيد على إنكار العتق، وأعيد العبد إلى يده على الرق، وإن كان الشاهد الذي أقامه مجهول العدالة فقد اختلف أصحابنا على هذا القول في جواز الإحالة بينه وبين سيده على وجهين:

أحدهما: يحال بينهما كما لو كان الشاهد عدلاً اعتباراً بعدالة ظاهره.

والوجه الثاني: أن لا يحال، لأن الباقي من العدالة والعدد أكثر من الماضي فيسقط باعتبار الأقل.

فصل: ولو كانت الدعوى في حق أيتام فأقام مدعيه شاهداً واحداً وسأل حبس خصمه على إقامة شاهد آخر، فإن كان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص والنكاح، ففي جواز حبسه على إقامة الشاهد الآخر قولان كما ذكرنا في دعوى العتق.

أحدهما: لا يحبس به.

والثاني: يحبس إلى مدة ثلاث أيام ثم يطلق إن لم يقم الآخر.

وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين فقد اختلف أصحابنا في حبس الخصم فيه بالشاهد الواحد:

فذهب بعضهم إلى جوازه قولاً واحداً، لأن له أن يحلف معه ويستحق، وذهب آخرون منهم إلى أنه على قولين أيضاً كغيره، لأنه لو أراد اليمين لعجله. والله أعلم بالصواب.

فصل: ولو شهد شاهدان أنه أوصى بثلث ماله لزيد، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وليحلف معه عمرو، فالشاهد واليمين بينة في الوصية بالمال، فإذا قابلت شاهدين ففي مزاحمتهما له قولان:

أحدهما: يزاحمهما، لأنها بينة في إثبات الوصية كالشاهدين، ويكون الثلث بين عمرو وزيد نصفين.

والقول الثاني: أن الشاهد واليمين لا يزاحم الشاهدين لكمال الشاهدين وقصور الشاهد واليمين.

ولو شهد شاهد عمرو أنه رجع عن الوصية لزيد، وأوصى بثلثه لعمرو وحلف معه عمرو، صح الرجوع والوصية لعمرو بالشاهد واليمين قولاً واحداً، لأنه ليس في الشاهد واليمين هاهنا مزاحمة للشاهدين، وإنما هي بينة برجوع لم يتضمنه شهادة الشاهدين.

وهاتان المسألتان نص عليهما الشافعي في كتاب الأم. والله أعلم.

فصل: وإذا قال: إن قتلت فعبدي حر وشهد شاهدان أنه قتل وشهد آخران أنه مات ففيه قولان:

أحدهما: أنه يحكم بشهادة القتل وتسقط شهادة الموت. لأنهما أزيد علماً فيستحق القود ويعتق العبد.

والقول الثاني: قد تعارضت البينتان فيما شهد لأنه لا استحالة أن يموت مقتول أو يقتل ميت، فلا يستحق القود ولا يعتق العبد لأجل الاستحالة.

فلو قال لعبده: إن مت في رمضان فسالم حر، وإن مت في شوال فغانم حر ثم شهد شاهدان أنه مات في رمضان وشهد آخران أنه مات في شوال ففيه قولان:

أحدهما: قد تعارضت الشهادتان بتنافيهما ويعمل في العتق على تصديق الورثة.

والقول الثاني: يحكم بقول من شهد بموته في رمضان، لأنه أزيد علماً، . ويعتق العبد الأول، فإن صدق الورثة الثاني عتق عليهم بموته.

ولو قال: إن مت في مرضي هذا فعبدي سالم حر، وإن مت في غيره فعبدي غانم حر فشهد شاهدان أنه مات في مرضه ذلك وشهد آخران أنه مات في غيره، ففيه قولان:

أحدهما: قد تعارضت البينتان وسقطتا، وعتق أحدهما لم يتعين فيرجع إلى بيان الورثة في ذلك. فإن أثبتوا عتق أحدهما عمل في ذلك على بيانهم وحكم برق الآخر، وله إحلافهم، وإن عدم بيان الورثة أقرع بينهما وعتق القارع ورق المقروع.

والقول الثاني: لا تعارض بين البينتين، ويحكم بأسبق الشهادتين، ويعتق أول العبدين والله أعلم بالصواب.

مُخْتَصَرٌ مِنْ جَامِعِ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَاتِ
إمْلاَءٌ عَلَى كِتَابِ ابْنِ القَاسِمِ وَمِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى
إمْلاَءٌ عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيْفَة وَمِنَ اخْتِلاَفِ الأَحَادِيثِ
وَمِنَ اخْتِلاَفِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي حَنِيْفَةَ وَمِنْ مَسَائِلَ شَتَّى سَمِعْتُهَا لَفْظاً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مُسْلِمُ بْنُ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي» (قَالَ الشَّافِعِيُّ) أَحْسَبُهُ قَالَ وَلاَ أُثْبِتُهُ قَالَ «وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ».

ابن حجاج عن ابن جريج قال: أخبرني ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا في بيت تخرزان ليس معهما فيه غيرهما فخرجت إحداهما وقد طعنت في كفها بإشفى حتى خرج من ظهر كفها، تقول طعنتها صاحبتها، وتنكر الأخرى قال: فأرسلت إلى ابن عباس فيهما، فأخبرته الخبر، فقال: لا تعط شيئاً إلا ببينة، قال رسول الله ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ رِجَالٍ وَدِمَاءَهُمْ لَكِنِ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» فكملغ بالجمع بين الروايتين قول النبي ﷺ «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي واليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» مع ما قدمَ من التعليل.

روى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة قال قال: رسول الله ﷺ «البَيِّنَةُ عَلَى مَن ادَّعَى واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إلاَّ فِي القَسَامَةِ».

وروى الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أمها أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي عَلَى مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلاَ يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

وقيل: إن أول دعوى كانت في الأرض دعوى قابيل بن آدم على أخيه هابيل، أنه أحق بنكاح توأمته منه، فتنازعا إلى آدم فأمرهما بما قصّه الله تعالى علينا بقوله: ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَاناً فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الآخَرِ﴾ [المائدة: ٢٧] فأفضى تنازعهما إلى القتل فقتل قابيل هَابِيلَ فكان أول قتيل في الأرض.

فصل: وحدّ الدعوى أنه طلب ما يذكر استحقاقه، وسميت دعوى، لأنه قد دعاه

إلى نفسه، والدعوى تشتمل على أربعة أشياء: مدعٍ، مدعىً عليه، ومدعى به، ومدعى عنده.

فأما المدعى: فهو الطالب من غيره شيئاً في يده، أو في ذمته.

وأما المدعى عليه: فهو المطلوب منه شيئاً في يده، أو في ذمته.

وفرق ما بين الطالب، والمطلوب منه، أن الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك.

وأما المدعى به فهو ما تنازع فيه الطالب والمطلوبْ. وأما المدعى عنده فهو من نفذ حكمه من قاض أو أميرٍ.

فصل: والدعوى على ستة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة.

فأما الدعوى الصحيحة فضربان: دعوى استحقاق، ودعوى اعتراض.

فأما دعوى الاستحقاق فضربان:

أحدهما: أن تتوجه إلى عين في اليد.

والثاني: إلى مال في الذمة.

فأما توجه الدعوى إلى عين في اليد فضربان: منقول، وغير منقول فأما المنقول فضربان: حاضر، وغائب.

فإن كانت العين المنقولة حاضرة في مجلس الحكم، كعبد أو ثوب، أغنت الإشارة عن صفتها، وعن ذكر قيمتها

فإن كانت الدعوى في غصب صحت الدعوى، إذا قال غصبني هذا العبد، أو هذا الثوب وإن كانت الدعوى في وديعة فقال: أودعته هذا، وإن كانت الدعوى في ابتياع منه، فإن كان المقصود بها دعوى العقد، كان في صحة الدعوى ذكر قدر الثمن، وإن كان المقصود بها انتزاعه من يده كان في صحة الدعوى أن يذكر أنه ابتاعه منه، ودفعِ إليه ثمنه، وقد منعه منه ولا يلزمه أن يذكر قدر الثمن.

وإن كانت العين المنقولة غائبة، فإن كانت من ذوات الأمثال كالحنطة، اقتصر في تعيينها على ذكر الصفة، ثم صار الحكم فيها كالعين الحاضرة، وإن كانت من غير ذوات الأمثال، كالجواهر لزمه في تعيينها ذكر الجنس، والنوع، وما يضبط به من صفاتها فإن كانت وديعة لم يلزمه ذكر قيمتها، لأن الوديعة أمانة غير مضمونة، وإن كانت عارية أو غصباً لزمه في التعيين ذكر قيمتها، لضمان العارية والغصب بالقيمة،

وإن كانت مبيعة لزمه في التعيين ذكر ثمنها لضمان ما لم يقبض من المبيع بالثمن دون القيمة.

وأما غير المنقول كدارٍ، أو ضيعة، فتعيينها في الدعوى يكون بذكر الناحية، والحدود الأربعة: لِتَتَمَّيزَ بذلك من غيرها، ولا يغني ذكر الناحية عن ذكر الحدود، ولا ذكر الحدود عن ذكر الناحية، ولا أن يقتصر على بعض الحدود حتى يستوفي جميعها، فتصير بذكر الناحية والحدود الأربعة متميزة عن غيرها، إلا أن تكون الدار مشهورة باسمها متميزة به عن غيرها، «كدار الندوة» بمكة و«دار الخيزران»، فيغني ذكر اسمها عن ذكر حدودها، وإذا ذكرت الناحية والحدود الأربعة، صح دعواها وإن جاز أن يشاركها غيرها في حدودها، كما إذا ذكر الرجل باسمه، واسم أبيه وجده، وقبيلته، وصناعته، صح، وتميز في الدعوى والشهادة، وإن جاز أن يشاركه غيره في الاسم، والنسب، لأنه غاية الممكن ولأن المشاركة نادرة، ثم صحة دعواها بعد تحديدها معتبرة بشرطين: أن يذكر أنها ملكه.

والثاني: أن يذكر أنها في يد المدعى عليه بغير حق.

وهو إذا ذكر ذلك بالخيار بين أن يعين السبب الذي صارت به في يده بغير حق، وبين أن يطلقه.

فصل: وإن كانت الدعوى بمال في الذمة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون من ذوي الأمثال كالدراهم، والدنانير، أو الحنطة والشعير مما يصح أن يثبت في الذمة ثمناً، أو يضمن في العمد بمثله، فيلزمه في الدعوى أن يذكر الجنس والنوع، والصفة، والقدر، بما يصير به عند الخاصة والعامة معلوماً، وهو بالخيار في أن يذكر سبب الاستحقاق، أو لا يذكر فتكون صحة الدعوى معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يقول لي عليه كذا ويصفه.

والشرط الثاني: أن يقول وهو حال، لأن المؤجل لا يستحق المطالبة به قبل حلوله، فلم تصح دعواه، فإن كان بعضه حالاً، وبعضه مؤجلاً صح دعوى جميعه لاستحقاق المطالبة ببعضه ويكون المؤجل تبعاً فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد، كالسلم المؤجل، صحت دعواه، لأن المقصود به مستحق في الحال.

والشرط الثالث: أن يقول: وقد منعني، أو أخّره عني فإن قال: وقد أنكرت صح، لأن المنكر مانع.

ثم اختلف أصحابنا بعد ذكر هذه الشروط الثلاثة: هل يعتبر في صحة الدعوى أن

يقول: وأنا أسأل القاضي، أن يلزمه الخروج إليّ من حقي على وجهين:

أحدهما: يعتبر في صحة الدعوى، لأن المقصود بالتحاكم إليه، وإلا كان خبراً.

والوجه الثاني: لا يعتبر، لأن شاهد الحال يدل عليه، فاعتبر.

والضرب الثاني: أن يكون ما في الذمة غير ذي مثل، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشرع مانعاً من ثبوته في الذمة، كاللؤلؤ، والجوهر، فلا تصح دعوى عينه، لأنها لا يصح ثبوتها في الذمة إلا أن يقصد بالدعوى ثبوت عوضها، لأنها مغصوبة، فتصح دعواها بذكر قيمتها، أو تكون عن سلم فاسد، فتكون الدعوى برد ثمنها، ويكون ذكرها إخباراً عن السبب الموجب لعوضها.

والضرب الثاني: أن يصح في الشرع ثبوته في الذمة، وذلك من وجهين:

أحدهما: في السلم أن يكون معقوداً على ثياب، فيلزمه في صحة دعواها شرطان:

أحدهما: أن يصفها بأوصافها المستحقة في عقد السلم.

والشرط الثاني: أن يذكر أنها عن عقد سلم، يذكر فيه الشروط المعتبرة في صحة السلم.

ثم يذكر بعدها ما يوجبه مقصود الدعوى فإن لم يذكر أنه عن سلم، لم تصح دعوى أعيانها، لأنها قد تكون مغصوبة توجب غرم قيمتها، فيلزمه مع ذكر الصفة أن يذكر القيمة.

والوجه الثاني: الإبل المستحقة في الدية والغرة المستحقة في الجنين، فلا يلزمه صفتها في دعواه، لأن أوصافها مستحقة بالشرع، وصحة الدعوى فيها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يذكر أنها عن جناية يصفها بعمدٍ، أو خطأ، لاختلاف صفاتها بالعمد، والخطأ، وهي مستحقة على الجاني في العمد، وفي الخطأ مستحقة على العاقلة.

والثاني: أن يذكر أنها على حُرٍ، لأن الإبل لا تستحق في الجناية على العبد، وأن المجهضة لجنينها حرة، لأن الغرة لا تستحق في جنين الأمة.

والثالث: أن يذكر ما وصفنا فيه الجناية من نفس، أو طرف، أو جراح تقدرت ديته بالشرع، كالموضحة، والجائفة، فتكون المطالبة بالدعوى عفواً عن القصاص، فإن كانت الجناية فيما لا تتقدر ديته بالشرع، كانت دعواه مقصورة على وصف

الجناية، ولم تصح دعواه، بقدر أرشها لأنها مقدرة بحكم الحاكم، وإن كانت الجناية على عبد استحق فيها القيمة فيذكر قدر قيمته ليعلم بها دية نفسه وأطرافه.

وإن كانت في جنين أمة، ذكر في الدعوى قدر قيمتها، لأن في جنين الأمة عشر قيمتها، ثم تستوفي شروط المقصود بالدعوى فهذا حكم دعوى الاستحقاق.

فصل: فأما دعوى الاعتراض فضربان:

أحدهما: أن يتوجه إلى ما في يده.

والثاني: إلى ما يتعلق بذمته.

فأما توجه الدعوى إلى ما في يده، فلا تكون إلا بعد معارضته، فإن كانت المعارضة بما لا يستضر به المدعي لم تصح الدعوى منه.

وإن كانت بما يستضر به المدعي إما بمد اليد إلى ملكه، وإما بمنعه من التصرف فيه وإما بملاذمته عليه، أو بقطعه عن أشغاله صحت دعواه بخمسة شروط:

أحدها: أن يصف الملك بما يصير به متعيناً منقول وغير منقول على ما قدمناه.

والثاني: أنه له وفي ملكه، لأن ما لا يملكه، أو لم يستتبه مالكه فيه لا يمنع من المعارضة فيه.

والثالث: أن يذكر المعارض له بالإشارة إليه، إن كان حاضراً، أو باسمه ونسبه إن كان غائباً.

والرابع: أن يذكر المعارضة هل هي في الملك، أو في نفسه؟ لأجل الملك لافتراقهما في الحكم.

والخامس: أن يذكر أنه عارضه بغير حق لأنه ربما استحق المعارضة برهن، أو إجارة حتى لا يتقي في دعواه ما يحتاج الحاكم أن يسأله عنه ليعدل بسؤاله إلى المدعى عليه.

وأما توجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته، لأنه قد طولب بما لا يستحق عليه فإن لم يلحقه بالمطالبة ضرر، لم تصح الدعوى، وإن لحقه بها ضرر، إما في نفسه بالملازمة، أو في جاهه بالإشاعة، وإما في ماله بالمعارضة صحت منه الدعوى ليستدفع بها الضرر وصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يذكر ما طولب به، إما مفسراً، أو مجملاً، لأن المقصود بالدعوى ما سواه.

والثاني: أن يذكر أنه غير مستحق عليه، لأن المطالبة بالحق لا ترد.

والثالث: أن يذكر ما استضر به، لأن مقصود الدعوى ليكون الكف عنه متوجهاً إليه، فإن اقترن بهذه الشروط ما يكمل به جميع الدعاوى، سأل الحاكم المدعى عليه، وله في الجواب، عن دعوى هذه المعارضة، ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعترف بجميع ما تضمنها فيمنعه الحاكم من معارضته.

والحال الثانية: أن ينكر المعارضة فيخلي سبيله، فلا يمين عليه لأن لا يتعلق بالمعارضة استحقاق غرم.

والحال الثالثة: أن يذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه، فيصير مدعياً بعد أن كان مدعىً عليه، ويصير المدعي مدعىً عليه، بعد أن كان مدعياً. فهذا الكلام في صحة الدعوى، وإن تضمنت ضروباً أغفلناها اقتصاراً وتعويلاً بها على اعتبار ما بيناه.

فصل: وأما الدعوى الفاسدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما عاد فساده إلى المدعي.

والثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدعى.

والثالث: ما عاد فساده إلى سبب الدعوى.

فأما الضرب الأول في عود فساده إلى المدعي، فكمسلم ادعى نكاح مجوسية أو حر واجد الطول ادعى نكاح أمة، فهذه دعوى فاسدة، لأن المسلم لا يجوز له أن ينكح مجوسية، والواجد الطول لا يجوز أن ينكح أمة، فبطلت دعواه لامتناع مقصودها في حقه، فلم يكن للحاكم أن يسمعها منه.

وأما الضرب الثاني: فيما عاد فساده إلى الشيء المدعى، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يدعي ما لا تقر عليه يد كالخمر، ولحم الخنزير، والسباع الضارية، والحشرات المؤذية، . فدعواه فاسدة، لوجوب رفع اليد عنها في حقوق المسلمين فلم يكن للحاكم، أن يسمعها من كافة الناس.

والضرب الثاني: أن يدعي ما تقر عليه اليد، ولا تصح المعارضة عنه كجلود الميتة، والسراجين، والسماد، والنجس، والكلاب المعلمة، تقر عليها اليد للانتفاع بجلود الميتة، إذا دُبغت، وبالسماد، والسراجين في الزروع، والشجر، والكلاب في الصيد، والمواشي، واختلف في اليد عليها إذا كانت الجلود من أموات حيوان، والسراجين من أرواث بهائمه، هل تكون يد ملك أو يد انتفاع؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها يد انتفاع لا يد ملك لخروجها عن معارضة الأملاك.

والوجه الثاني: أنها يد ملك لأنه أحق بها كسائر الأموال.

والوجه الثالث: آن ما كان منها ملكاً يعتاض عنه، ويصير في الثاني يعتاض عنه كجلود الميتة كانت اليد عليها يد ملك اعتباراً بالطرفين وما خرج عن أملاك المعاوضة ـي طرفيه، كالكلاب، والأنجاس، كانت اليد عليها يد انتفاع لا يد ملك فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا، لم يخل من أن يكون باقياً أو تالفاً. ،

فإن كان تالفاً كانت الدعوى فيه باطلة، لأنه لا يستحق بتلفها مثل، ولا قيمة، وإن كانت باقية لم يخل أن يدعيها بمعاوضة، أو غير معاوضة.

فإن ادعاها بمعاوضة أنه ابتاعها، كانت الدعوى فاسدة، لأنها لا تملك بالابتياع إلا أن يكون قد دفع ثمنها، فتكون دعواه متوجهة إلى الثمن إن طلبه، ويكون ذكر ابتياعها إخباراً عن السبب الموجب لاسترجاع الثمن به، وإن ادعاها بغير معاوضة فقد تصح دعواها في أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تغصب منه، فتصح دعوى غصبها.

والثاني: أن يوصي بها، فتصح دعوى الوصية بها.

والثالث: أن توهب له، فتصح دعوى هبتها.

فإن أطلق الدعوى ولم يفسرها، بما تصح به أوتفسد، فقد اختلف فيما يكون من الحاكم فيها على وجهين:

أحدهما: يُستفسر ليعمل على تفسيره في صحتها، وفسادها، لأنه مندوب لفصل ما اشتبه.

والوجه الثاني: أن يمسكه متوقفاً عنهما، ولا يستفسره إياها، ليكون هو المبتدىء بتفسيرها، لأن استيفاء دعواه حق له، يقف على خياره.

والضرب الثالث: ما تقر عليه اليد ملكاً، ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك كالوقف وأمهات الأولاد والدعوى فيه على المالك فاسدة، لا يجوز أن يسمعها الحاكم على مالك لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى ملك غيره إلا أن يدعي ابتياعه لاسترجاع الثمن، فتكون الدعوى متوجهة إلى الثمن ويكون ذكر ابتياعه إخباراً عن السبب.

ويجوز أن يدعي الوقف وأم الولد على غاصبها، وإن لم يدعيا على مالكهما.

وأما الضرب الثالث: في الأصل وهو ما عاد فساده إلى سبب الدعوى وهو على ضربين: عقد ـ ومقتضى عقد:

فأما العقد فكالبيع، إذا ادعى ما ابتاعه وهو على ثلاثة أضرب: صحيح ومتفق على فساده، ومختلف فيه:

فإن كان البيع صحيحاً، صحت الدعوى فيه: إذا استوفى شروطها على ما سنذكره.

وإن كان البيع متفقاً على فساده كبيع الحمل في البطن، وبيع الثمرة قبل أن تخلق، فالدعوى فيه باطلة لا يسمعها إن طلب تسليم المبيع، ويسمعها إن طلب موجبها من رد الثمن.

وإن كان المبيع مختلفاً فيه كبيع العين الغائبة، يسمعها ليحكم فيها بما يؤدي إليه اجتهاده، من صحة البيع، وتسليم المبيع، أو يحكم بفساده ورد الثمن.

وكذلك الحكم في عقود الإجارات، والمناكح، والرهون.

وأما نقص العقد فكالشفعة، وهي على ثلاثة أضرب: مستحقة، وباطلة ومختلف فيها. فأما المستحقة: فشفعة الخلطة تصح دعواها بعد استيفاء شروطها وأما الباطلة فالشفعة فيما ينقل من متاع، أو حيوان فلا يسمع الحاكم ممن منه الدعوى.

فإن جهل المدعي حكمها أخبره بسقوط حقه فيها.

وأما المختلف فيها فشفعة الجار، فإن كان الحاكم ممن يرى وجوبها سمع الدعوى فيها، وحكم بها لمدعيها، وإن كان ممن لا يرى وجوبها لم يسمع الدعوى فيها بخلاف البيع المختلف فيه، لأن في البيع عقداً يفتقر إلى الحاكم بإبطاله فلذلك سمع فيه الدعوى ليحكم بإبطاله ورد ما تقابضاه، وليس هذا في الشفعة، لأنها مجرد دعوى، يبطل بردّها والإعراض عنها، فلذلك ما افترقا.

فصل: وأما الدعوى المجملة فكقوله: لي عليه شيء، فالشيء مجهول لإنطلاقه على كل موجود من حق وباطل، وصحيح وفاسد، فلا يسمع دعوى المجمل والمجهول، وإن سمع الإقرار، بالمجمل والمجهول.

والفرق بين الدعوى، والإقرار من وجهين:

أحدهما: أن المدعي لا يجوز أن يدعي ما أشكل عليه.

والثاني: أن مدعي المجهول مقصر في حق نفسه، فلم تسمع منه، والمقر مقصر في حق غيره، فأضرَّ به.

ولا يلزم الحاكم أن يستفسره عما ادعاه من مجمل، أو مجهول، حتى يكون هو المبتدىء بتفسيره بخلاف ما ذكرنا في الوجهين في استقرار المقصود بالدعوى، لأن تلك معلومة سئل فيها عن مقصوده، وهذه مجهولة أخفاها لقصده، فإن قال له فسّر ما

أجهلت لم يجز، لأنه تلقين وإن قال له إن فسرت ما أجملت جاز لأنه استفهام، والحاكم لا يجوز أن يلقن ويجوز أن يستفهم.

فصل: وأما الدعوى الناقصة فعلى ضربين: نقصان صفة، ونقصان شرط. فأما نقصان الصفة فكقوله: لي عليه ألف درهم، لا يصفها، فيجب عليه أن يسأله عنها، ولا يحملها على الغالب من نقد البلد فإن كان إطلاقها في البيع محمولاً على الغالب، لجواز أن تكون في الدعوى من غيرها فإن كانت من ثمن مبيع سأله عنها أيضاً، لجواز أن يعقد بغيرها.

وأما نقصان الشرط فكدعوى عقد نكاح، لا يذكر فيها الولي، أو الشهود فلا يسأله الحاكم عن نقصان الشرط، ويتوقف عن السماع، حتى يكون المبتدئ بذكره، أو لا يذكره فيطرحها.

والفرق بين أن يسأله عن نقصان الصفة، ولا يسأله عن نقصان الشرط: أنَّ نقصان الصفة لا يتردد ذكره بين صحة وفساد، فجاز أن يسأله عنه ونقصان الشرط يتردد ذكره بين الصحة والفساد، فلم يجز أن يسأله عنه.

فصل: وأما الدعوى الزائدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة هدراً غير مؤثرة كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا، أو في سوق كذا، فلا يؤثر في الدعوى ويطرح للحاكم سماعها.

والضرب الثاني: أن تكون الزيادة تأكيداً كقوله: ابتعت هذا العبد على أني إن وجدت به عيباً رددته، أو على أن عليه أني استحق دركه فلا يمنع الحاكم من سماعها، وإن لم تحتج الدعوى إليها بما أوجبه الشرع من رد العيب، ودرك المستحق، لأن التأكيد مستعمل في العقود فجرت الدعوى فيه على المعهود.

والضرب الثالث: أن تكون الزيادة منافية لموجب الدعوى.

كقوله: ابتعت هذا العبد بألف إن استقالني أقلته، وإن ردها علي فسختة فهذه الزيادة في الدعوى معتبرة بمخرجها منه، فإن خرجت مخرج الوعد بعد صحة العقد، لم تمنع من صحة الدعوى وكان ذكرها حكاية حال تقف على خياره، وإن خرجت مخرج الشرط في العقد، أبطل بها الدعوى فإن قصد بها تملك المبيع لم يسمعها وإن قصد بها استرجاع الثمن سمعها.

فصل: وأما الدعوى الكاذبة فهي المستحيلة: كمن ادعى وهو بمكة أنه نكح بالأمس فلانة بالبصرة.

أو ادعى أنه ورث هذا العبد من أبيه وقد ولد بعد موت أبيه.

أو ادعى أن فلاناً جرحه هذه الجراحة في يومه، وفلان غائب إلى نظائر هذا من الدعاوى الممتنعة فتكون كاذبة، يقطع بكذب مدعيها، لا يسمعها الحاكم، وإن صدقه الخصم عليها لاستحالتها، وتزول بها عدالة المدعي للعلم بكذبه، وبالله التوفيق.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من مقدمات هذا الباب، فالدعوى الصحيحة ممنوعة من كل جائز الأمر فيما يدعيه، على كل جائز الأمر، فيما يدعى عليه سواء عرف بينهما معاملة، أو لم يعرف، ويعديه الحاكم إذا استعداه وإن جل قدر المدعى عليه وتصون.

وقال مالك لا يعد به على أهل الصيانة، فلا يستحضره الحاكم، إلا أن يعلم أن بينهما معاملة، لئلا يستبذل أهل الصيانات، وقد قال النبي ﷺ: «أَقِيْلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ» وهذا ليس بصحيح لقول الله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ فأمره بالتسوية وترك الميل.

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهده إلى أبي موسى: آسي بين الناس في وجهك، وعدلك، ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف في عدلك.

وقد احتكم علي بن أبي طالب عليه السلام ويهودي إلى شريح في حال خلافته فلم يمتنع أن يساوي في المحاكمة بين اليهودي، وبين نفسه، ولأن خمول المدعي لا يمنع أن يكون ذا حق، وصيانة المدعى عليه لا يمنع أن يكون عليه حق.

ولأن المعاملة لا تدل على بقاء الحق، وعدمها لا يمنع من حدوث الحق، فلم يكن لاعتبارها في الدعاوى وجه. والذي يجوز أن يستعمله الحاكم في تحاكم أهل الصيانة أن يميزهم عن مجالس العامة، ويفرد لمحاكمتهم مجالساً خاصاً يصانون به، عن بذلة العامة، يجمع فيه بينهم، وبين خصومهم، فلا ترد فيه الدعوى ولا تبتذل فيه الصيانة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ الشَّيْءَ فِي يَدَيِ الرَّجُلِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لمنْ هُوَ فِي يَدَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّهُ أَقْوَى سَبَباً فَإِنِ اسْتَوَى سَبَبُهُمَا فَهُمَا فِيْهِ سَوَاءٌ فَإِنْ أَقَامَ الَّذِي لَيْسَ فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ قِيلَ لِصَاحِبِ الْيَدِ الْبَيِّنَةُ الَّتِي لَا تَجُرُّ إِلَى أَنْفُسِهَا بِشَهَادَتِهَا أَقْوَى مِنْ كَيْنُونَةِ الشَّيْءِ فِي يَدَيْكَ وَقَدْ يَكُونُ فِي يَدَيْكَ مَا لَا تَمْلِكُهُ فَهُوَ لِفَضْلِ قُوَّةِ سَبَبِهِ عَلَى سَبَبِكَ فَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً قِيلَ قَدِ اسْتَوَيْتُمَا فِي الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةُ وَالَّذِي

الشَّيْءُ فِي يَدَيْهِ أَقْوَى سَبَبًا فَهُوَ لَهُ لِفَضْلِ قُوَّةِ سَبَبِهِ وَهَذَا مُعْتَدِلٌ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ وَالسُّنَّةِ عَلَى مَا قُلْنَا فِي رَجُلَيْنِ تَدَاعَيَا دَابَّةً وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةُ أَنَّهَا دَابَّتُهُ نَتَجَهَا فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ قَالَ وَسَوَاءٌ التَّدَاعِي وَالبَيِّنَةُ فِي النِّتَاجِ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن مجرد الدعاوى في المطالبات لا يحكم في فصلها إلا بحجة تقترن بها، فحجة المدعي البينة على إثبات ما داعاه، وحجة المدعى عليه اليمين على نفي ما أنكره، لقول النبي ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي واليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ».

وروى الأَعْمَشُ عن شقيق بن وائل عن الأشعث قال: كان بيني وبين يهودي أرض فَجَحَدَنِي عَلَيْهَا، فقدمته إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فقال: أَلَكَ بَيِّنَةٌ، فقلتُ لا. فقال لليهودي: احْلِفْ. قلت: إِذَنْ يَحْلِفُ فَيَذْهَبَ بِمَالِي، فنزل قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾[1] [آل عمران: ٧٧] الآية، فنهى رسول الله ﷺ بهذا الخبر حجة كل واحد منهما.

وروى سماك عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن رجلاً من حضرموت أتى النبي ﷺ ومعه رجل من كِنْدَة، فقال: يا رسول الله، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لأَبِي فقال الكِنْدِيُّ: أَرْضِي، وَفِي يَدِي أَزْرَعُهَا، لاَ حَقَّ لَهُ فِيهَا. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ، قَالَ: لاَ. فقال: لَكَ يَمِينُهُ. فقال الحضرمي: إِنَّهُ فَاجِرٌ لاَ يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ إِنَّهُ لاَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فقال النبي ﷺ «لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلاَّ ذَاكَ» فَدَلَّ على ما ذكرناه.

ويدل عليه من طريق المعنى أن البينة أقوى من اليمين، لزوال التهمة عن البينة وتوجهها إلى اليمين.

وجنبة المدعى عليه أقوى من جنبة المدعي، لأن الدعوة إن توجهت إلى ما في يده فالظاهر أنه على ملكه، وإن توجهت إلى دين في ذمته، فالأصل براءة ذمته، فجعلت أقوى الحجتين وهي البينة في أضعف الجنبتين وهي المدعي، وجعلت أضعف الحجتين وهي اليمين في أقوى الجنبتين وهي المدعى عليه، لتكون قوة الحجة جبراناً، لضعف الجنبة وفي الجنبة جبراناً لضعف الحجة فتعادلا في الضعف والقوة.

فصل: وإذا تعين المدعي، وتحررت الدعوى، سأل الحاكم المدعى عليه، عن الدعوى، ولم يسأل المدعي عن البينة، لأنه قد يقر المدعى عليه، فلا يحوج إلى

(١) أخرجه مسلم ١/٢٢١ (٢٢٠ ـ ١٣٨) وأبو داود (٣٢٤٤) وابن ماجه (٢٣٢١، ٢٣٢٢) والبيهقي ١٠/١٧٨

البينة، فإن أقر لزمه إقراره، وأخذه بموجبه، وقد فصل الحكم بينهما.

وإن أنكر سأل الحاكم المدعي: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فإن ذكرها أمره بإحضارها، فإذا أحضرت سمع الحاكم منها وحكم على المدعى عليه، بها، وقدمها على يمين المدعى عليه لأمرين:

أحدهما: أن النبي ﷺ قدم البينة على اليمين.

والثاني: أن البينة أقوى من اليمين من وجهين:

أحدهما: أن التهمة منتفية عن البينة، لأنها لا تجر إلى نفسها نفعاً، ولا تدفع ضرراً، والتهمة متوجهة إلى يمين الحالف، لأنه يدفع بها عن نفسه ضرراً، ويجرّ بها إلى نفسه نفعاً.

والثاني: أنَّ البينة تشهد بتصريح الملك، وتوجبه، واليمين تدل عليه ولا توجبه.

وأن عدم المدعي البينة سأل الحاكم المدعى عليه الحلف، ولم يقل له احلف، لأن سؤاله استفهام. وأمره تلقين. فإن حلف فصل الحكم بينهما بيمينه، وسقطت الدعوى فإن نكل عن اليمين لم يجبر عليها، وترد يمينه على المدعي، بعد استقرار نكوله، ولا يقضي عليه بالنكول، من غير إحلاف المدعي، وقال أبو حنيفة: يقضي عليه بالنكول، من غير إحلاف المدعي، وقد تقدم الكلام معه، وإن امتنع المدعى عليه من اليمين ليقيم البينة بدلاً من يمينه نُظِر في الدعوى.

فإن كانت بدين في الذمة لم تسمع منه البينة لأنه نفى الدين بإنكاره والبينة لا تسمع على النفي وقيل له لا بَرَاءَةَ لَكَ من الدعوى إلا بيمينك. فإن كانت الدعوى بعين في يده ففي سماع بينته بدلاً من يمينه وجهان:

أحدهما: لا تسمع بينته، لأنه لا حاجة به إليها، ويستغني بيمينه عنها.

والثاني: تسمع بينته عليها وترتفع الدعوى بها، وتكون بينته أوكد من يمينه، لأن البينة قد جمعت إثباتاً ونفياً، فصح سماعها منه في الأعيان لما تضمنها من الإثبات، ولم يسمعها فيما تعلق بالذمة لأنها تتضمن النفي دون الإثبات.

وقال أبو حنيفة: اليمين مستحقة على المدعى عليه فلا تنقل إلى المدعي، والبينة مستحقة على المدعي، فلا تنقل إلى المدعى عليه. فلذلك تقضى عليه بنكوله، ولم تسمع منه البينة، ولم يحلف عليه المدعي وسيأتي الكلام معه.

فصل: فإن أقام المدعي بينته، وأقام صاحب اليد بينة، سمعت بينته وقضى ببينته على بينة المدعي، لفضل يده في جميع الأعيان سواء كان الملك مطلقاً، أو مذكوراً

لسبب وسواء فيما ذكر سببه مما يتكرر كصناعة الأواني، وما ينتج من الخز مرة بعد أخرى، لو كان مما لا يتكرر سببه كالنتاج، وثياب القطن، والكتان، وبه قال مالك من أهل المدينة وقال به من أهل العراق شريح، والنخعي، والحكم بن عيينة.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان التنازع في ملك مطلق، أو مما يتكرر سببه لم تسمع بينة صاحب اليد، وقضى ببينة المدعي، وإن كان مما لا يتكرر سمعت بينة صاحب اليد في الأحوال كلها، وسموا المدعي خارجاً، وصاحب اليد داخلاً، فقال: تسمع بينة الخارج، ولا تسمع بينة الداخل، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» فأضاف البينة إلى جنبة المدعي وأضاف اليمين إلى جنبة المدعى عليه بحذف الألف واللام الموجب لاستغراق الجنس، فاقتضى أن لا تنتقل البينة إلى المدعى عليه، ولا تنتقل اليمين إلى المدعي.

ولأن اليمين موجبة للملك فلم يستفد صاحب اليد بالبينة ما لا يستفيد بيده وبينة المدعي يحكم بها مع يد المدعى عليه، فوجب أن يحكم بها مع بينته، لأن بينته لم تعد إلا ما أفادته يده، ثم اليد أقوى من البينة، لأن اليد تدل على الملك مشاهدة والبينة[1] تدل على الملك استدلالاً فافترقا ولأنه لمَّا لم تسمع بينة الداخل في الدين لم تسمع في العين لاستوائهما في حق الخارج في القبول، فوجب أن يستويا في حق الداخل في الرد.

قالوا: ولأنه لما لم تسمع بينة الداخل إذا لم يقم الخارج البينة مع قوة الداخل، وضعف الخارج كان أولى أن لا تسمع بينة الداخل إذا أقام الخارج البينة مع ضعف الداخل، وقوة الخارج لأن من لم تسمع بينته مع قوته، كان أولى أن لا تسمع مع ضعفه.

ودليلنا رواية جابر أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في دابة، أو بعير، وأقام كل واحد منهما البينة أنها له بنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده فدل على قبول بينة الداخل، فإن قيل فبينة الداخل في النتاج مقبولة.

قيل: وجه الدليل أنه قضى ببينة الداخل تعليلاً باليد، ولأن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي» وَقَدْ صار كل واحد منهما مدعياً للعين، وإن لم يصر مدعياً للدين، فوجب بهذا الخبر، أن تسمع بينة كل واحد منهما.

ولأن جنبة الخارج، أضعف من جنبة الداخل، فلما سمعت لليد مع الضعف كان سماعها مع القوة أولى.

---

(١) في أ اليد.

وتحريره قياساً، أنها بينة تسمع مع ضعف الجنبة، فكان أولى أن تسمع مع قوة الجنبة كسماعها من المدعي، إذا كانت له يد متقدمة ولأنهما إذا تنازعا ملكاً، لا يد لواحد منهما، سمعت بينة كل واحد منهما، فإذا انفرد أحدهما باليد، لم يمنع من سماع بينته، لأنها إن لم تفده قوة لم تفده ضعفاً، .

وتحريره أن تساويهما في ادعاء الملك، يوجب تساويهما في سماع البينة، كما لو لم يكن لأحدهما عليه يد، أو كان لكل واحد منهما يد عليه.

ولأن بينة الخارج قد رفعت يد الداخل، فصار كالخارج فوجب أن تسمع بينته كسماعها من الخارج.

وتحريره قياساً أن كل من حكم عليه إذا عدم البينة، وجب أن يحكم له إذا وجد البينة كالخارج، ولأن اليد فعل زائد في القوة فلم يجز أن يمنع من سماع البينة.

كما لو شهد لأحدهما شاهدان، وشهد للآخر عشرة.

ولأن كل حجة صح دفعها بالقدح فيها، صح دفعها بالمعارضة لها كالخبرين وعمدة القياس على أبي حنيفة أنه لما سمعت بينة الداخل فيما لا يتكرر من النتاج، وثوب القطن، سمعت بينته في ما يتكرر من أواني الذهب والفضة، وثوب الخز.

وتحريره قياساً من وجهين:

أحدهما: أن كل من سمعت بينته فيما لا يتكرر من الأعيان سمعت بينته فيما يتكرر منها كالخارج.

والثاني: أن كل يمين صح سماع البينة عليها من الخارج، صح سماع البينة عليها من الداخل، كالنتاج، والأعيان التي لا تتكرر فاعترض أصحاب أبي حنيفة على هذا بما اختلف فيه متقدموهم، ومتأخروهم، فأما المتقدمون منهم فعارضوا في الفرق بينهما بأن البينة في النتاج وما لا يتكرر سببه، تفيد ما لا تفيده يده، لأن اليد تدل على الملك دون السبب والبينة تدل على الملك والسبب فلذلك سمعت بينته مع يده والبينة في الملك المطلق، لا تفيد إلا ما أفادته يده، فلذلك لم تسمع بينته مع يده، وعنه جوابان أحدهما أن عكس هذا بأن ما كان التعارض فيه ممكناً، أولى بالقبول مما كان التعارض فيه كذباً.

والثاني: أنهما متكاذبتان في الملك، وإن أمكن صدقها في السبب المتكرر فلئن جاز أن يكون التكاذب في السبب موجباً لتغليظ الصدق باليد جاز أن يكون التكاذب في الملك موجباً لتغليب الصدق باليد، فلم ينقلوا في كل الفرقين من فساد موضوعها.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه في الاستدلال به عليهم، بأنه قد صار كل واحد منهما مدعياً.

والثاني: أنه لا يمتنع أنه يحمل قوله: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي» أنها تسمع من المدعى عليه على المدعِي، واليمين على المدعى عليه أنها تسمع على المدعي لأن قوله على مقتضى ظاهره. أن يكون متوجهاً إلى من سمعت منه البينة، وسمعت عليه اليمين، فيكون الخبر محمولاً على تأويلين مستعملين، ثم أكثر ما فيه أن يكون عاماً في جنس الأيمان والبينات، والعموم يجوز تخصيص بعضه فيخص هذا بأدلتنا.

وأما الجواب عن قولهم أن اليد موجبة للملك، فلم يستفد صاحبها بالبينة، ما لم يستفده بيده فمن وجهين:

أحدهما: أن اليد تدل على الملك، ولا توجبه، لأن اليد قد تكون لغصب، أو أمانة، أو إجارة فلم توجب الملك دون غيره، وإن كانت في الظاهر محمولة عليه مع اليمين، والبينة موجبة للملك بغير يمين. فصار مستفيداً بالبينة، ما لا يستفيده بيده من وجهين:

أحدهما: أنها أوجبت الملك واليد لا توجبه.

والثاني: أنها أسقطت اليمين، واليد لا تسقطها.

والجواب الثاني ما قدمناه أن بينة المدعي، قد رفعت يده في الحكم، فاستفاد بالبينة إقرار يده على الملك.

وأما الجواب عن قولهم، إنه لما لم تسمع بينة المدعى عليه في الدين لم تسمع بينته في اليمين فمن وجهين:

أحدهما: ما قدمناه من أن البينة في الدين، في جهة المدعي تكون على الإثبات، ومن جهة المدعى عليه تكون على النفي، والبينة، تسمع على الإثبات، ولا تسمع على النفي، وهي على الأيمان موجبة للإثبات في الجهتين فسمعت منهما.

والجواب الثاني: أنها تسمع البينة في الدين من جهة المدعى عليه، إذا شهدت بالقضاء، فصارت مسموعة من الجهتين.

وأما الجواب عن قولهم إنه لما لم تسمع بينته، مع عدم بينة الخارج، كان أولى أن لا تسمع مع وجود بينة الخارج، فهو أن لأصحابنا في سماعها وجهين ذكرناهما:

أحدهما: تسمع ويسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: لا تسمع.

والفرق بينهما أنه لا تسمع بينته، مع عدم بينة الخارج، لأنه مستغن عنها بيمينه.

فصل: فإذا ثبت أن البينة مسموعة من المدعي، الذي هو الخارج، ومن المدعى عليه، الذي هو الداخل، فبينة المدعي مسموعة على التقييد، والإطلاق، فتقييدها أن تشهد له بالملك المضاف إلى سببه، وإطلاقها أن تشهد له بالملك على الإطلاق من غير إضافة إلى سببه.

وأما بينة المدعى عليه، فإن شهدت بالملك المقيد المضاف إلى سببه سمعت، وإن شهدت له بالملك المطلق من غير إضافة إلى سببه، ففي سماعها منه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم لا تسمع منه لجواز أن تشهد له بالملك لأجل اليد التي قد زال حكمها، ببينة المدعي.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد تسمع منه لأن الظاهر من الشهود إذا أطلقوا أنهم لا يشهدون له بالملك عن يد، قد علموا زوالها ببينة المدعي، إلا وقد علموا غيرها من الأسباب الموجبة للملك، فحملت شهادتهم على ظاهر الصحة، فإذا سمعت بينة المدعي وسمعت بينة المدعى عليه، على ما وصفنا فقد تعارضت البينتان فوجب أن يحكم للمدعى عليه دون المدعي، وفي وجوب استحلافه على الحكم له بالملك قولان، مبنيان على اختلاف قول الشافعي فيما يوجبه تعارض البينتين، فأحد قوليه أنهما يسقطان بالتعارض، وتقر يد المدعى عليه، فيحكم له بيده مع يمينه.

والقول الثاني: أن بينة المدعى عليه قد ترجحت بيده، فأسقطت بينة المدعي ببينته، فحكم له بالبينة من غير يمين ترجيحاً باليد ولم يحكم له باليد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسِوَاءٌ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِداً وَامْرَأَتَيْنِ وَالآخَرُ عَشَرَةً إِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَرْجَحَ مِنْ بَعْضٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أقام كل واحد من المتداعيين بينة على ما تنازعاه من العين، ولم يكن لواحد منهما يد، وترجحت بينة أحدهما على بينة الآخر، بكثرة العدد، وكانت بينة أحدهما شاهدين، وبينة الآخر عشرة، أو ترجحت بزيادة العدالة، فكانت بينة أحدهما أظهر زهداً، وأوفر تحرجاً فهما في التعارض سواء، ولا يغلب الحكم بالبينة الزائدة في العدد والعدالة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

وقال مالك: المرجحة بزيادة العدد، وقوة العدالة أولى، والحكم بها أحق.

حكاه الشافعي في القديم، فخرجه بعض أصحابه قولاً ثانياً، ونفاه أكثرهم عنه.

وحكي عن الأوزاعي أنه قال: اقسم الشيء المشهود فيه على عدد البينتين، فإذا كانت إحداهما شاهدين والأخرى أربعة قسمت المشهود فيه أثلاثاً، فجعلت لصاحب الشاهدين سهماً، ولصاحب الأربعة سهمين.

فأما مالك فاستدل بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: عَلَيْكُمْ بِالجَمَاعَةِ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الوَاحِدِ وَهُوَ من الْجَمَاعَةِ أَبْعُدَ»، ولأن النفس إلى زيادة العدد أسكن، وبقوة العدالة أوثق، ولذلك رجحت بها أخبار الرسول، إذا تعارضت، فوجب أن ترجح بها الشهادات إذا تعارضت.

وأما الأوزاعي، فاستدل له بأن المشهود فيه مستحق بقولهم، فاقتضى أن يكون مقسطاً على عددهم.

والدليل على التسوية بينهم أن الله تعالى نص على عدد الشهادة بقوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وبقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فمنع النص من الاجتهاد في الزيادة، والنقصان.

ولأن لما جاز الاقتصار على الشاهدين مع وجود من هو أكثر، وعلى قبول العدل مع من هو أعدل، دل على أن لا تأثير لزيادة العدد، وزيادة العدالة.

ولأن ما تقدر بالشرع لم يختلف حكمه بالزيادة والنقصان كدية الحر، وما تقدر بالاجتهاد، اختلف حكمه بالزيادة والنقصان، كقيمة العبد، وبهما فرقنا في الأخبار المتعارضة بين زيادة العدد، ونقصانه، لعدم النص في عدده وسوينا في الشهادت المتعارضة، بين الزيادة والنقصان، لورود النص في عدده وفيما ذكرناه انفصال عما استدلوا به.

وقول الأوزاعي أوهى، لأنه لو ثبت الحق بشهادة عشرة، ثم ثبت قضاؤه بشاهدين قضى بهما على شهادة العشرة، ولم يقسط القضاء على العدد كذلك في إثبات الحق، وهو حجة، على مالك أيضاً.

فصل: فإذا ثبت أنه لا ترجح الشهادة بزيادة العدد وزيادة العدالة كذلك لا ترجح بأن يكون مع أحدهما شاهدان، والأخرى شاهد وامرأتان لأن كل واحدة من الشاهدتين بينة كاملة، فإذا تعارض شاهدان وشاهد ويمين ففيهما قولان:

أحدهما: أنهما سواء لأن الحق يثبت بكل واحدة منهما.

والقول الثاني: وهو أصح أن الشاهدين يقوم على الشاهد، واليمين، لأمرين:

أحدهما: أن التهمة متوجهة في اليمين، وغير متوجهة في الشهادة.

والثاني: أن الحكم بالشاهدين متفق عليه، وبالشاهد واليمين مختلف فيه، وسنذكر حكم التعارض من بعد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَرَادَ الَّذِي قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ أَنْ يُحْلِفَ صَاحِبَهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكِهِ فَهَذِهِ دَعْوَى أُخْرَى فَعَلَيْهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: أن يشهد شاهدان على رجل، بدين في ذمته، أو بملك في يده فيسأل المشهود عليه إحلاف المشهود له، أن ما شهد به شاهداه حق له، لم يجز إحلافه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء.

وحكي عن شريح، والنخعي، والشعبي، وابن أبي ليلى: أنهم جوّزوا إحلاف المدعي مع بينته، استعمالاً لما أمكن في الاستظهار في الأحكام.

وهذا خطأ لرواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِيَ وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» فلم يجعل في جنبة المدعي غير البينة، فلم يجز إحلافه معها، وقال ﷺ للمُدَّعِي: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ». ولأن في إحلافه مع شهادة شهوده قدحاً في شهادتهم وطعناً في عدالتهم وما أفضى إلى القدح في شهادة صحت وعدالة ثبتت ممنوع منه كما يمنع من إحلافه أن ما حكم به الحاكم حق لإفضائه إلى القدح في حكمه، ولا يجوز الاستظهار بما يمنع منه الشرع، ولم يرد به.

فإن قيل: فقد جوز الشافعي في الرهن، إذا أقام البينة على إقرار الراهن، بإقباضه، ثم سأل الراهن إحلاف المرتهن على قبضه، أنه يحلف عليه.

قيل: إن سأل إحلافه على أنه أقر بإقباضه، لم يجز لشهادة الشهود على إقراره، وإن سأل إحلافه على أن ما أقر بإقباضه، كان صحيحاً نظر فإن كان إقراره بأن وكيله أقبضه أحلف عليه، لجواز أن يكذبه الوكيل في القبض، وليس فيه قدح في الشهادة على إقراره، وإن كان هو الذي أقبضه إياه، ففي جواز إحلافه على قبضه منه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لما فيه من الرجوع عن إقراره.

والثاني: يجوز لأنه قد عرف الإقرار بالتقابض قبل الإقباض فصار الإقباض بالعرف محتملاً.

فصل: فأما إذا سأل المشهود عليه، إحلاف المشهود له، أنه ما قبض الدين أو لم يبعه العين، أجيب إلى إحلافه لأنها دعوى مستأنفة أنه ابتاع العين، وقضاه الدين، وليس فيها تكذيب للشهود، فجاز إحلافه عليها.

وهكذا لو شهد الشهود بدين على غائب، أو ميت، جاز إحلاف المشهود له، أنه ما برئ إليه من الدين ولا من شيء فيه، لأن الغائب والميت لو كانا حاضرين لجاز. أن يدعيا قضاء الدين، أو الإبراء منه، فلزم لأجل الاحتياط أن يحلف المشهود له على مثل لو ادعاه الحاضر أحلف له، فإن قضى الدين من مال ناجز أحلف عند الشروع في قضائه، ثم قضى بعد يمينه.

وإن كان نقضاً من بيع عقار، أحلف قبل بيعه ثم بيع وقضي من ثمنه، ولم يجز أن يباع قبل يمينه لأنه قد يجوز أن ينكل عن اليمين، فيفوت استدراك المبيع فأما إحلاف الشهود على صدقهم فيما شهدوا به، فلا يجوز وهو قول جميع أهل العلم.

وحكي عن الهادي العلوي أنه باليمين كأن يحلف الشهود إذا ارتاب بهم، ثم يحكم بشهادتهم، وهذا قول خرق به الإجماع وخالف به الأمة، لقول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأمر بالحكم بها، ولم يوجب اليمين معها.

ولأنهم إذا كانوا صادقين، وجب الحكم بشهادتهم، من غير يمين، وإن كانوا كاذبين لم يجز الحكم بها مع اليمين.

ولأنه لو جاز إحلاف الشهود مع الارتياب لجاز إحلاف الحكام، ثم إحلاف الأئمة، ثم إحلاف الأنبياء أن ما أدوه عن الله تعالى حق وما أفضى إلى هذا كان مطرحاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ نَكَحَ امْرَأَةً لَمْ أَقْبَلْ دَعْوَاهُ حَتَّى يَقُولَ نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا فَإِنْ حَلَفَتْ بَرِئَتْ وَإِنْ نَكَلَتْ حَلَفَ وَقُضِيَ لَهُ أَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن الدعوى المجهولة لا يجوز للحاكم أن يسمعها، ويسأل الخصم عنها إلا في الوصايا لجواز الوصية بالمجهول، فأما غير الوصايا التي تمنع الجهالة منها، فلا يصح ادعاؤه مجهولاً حتى يستوفي المدعي ما يمنع من جهالة الدعوى، لأن سماع الدعوى يكون للسؤال عنها، والحكم بها، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بمجهول، فلم يجز أن يسمع الدعوى بمجهول، فإذا كان هذا أصلاً، وكانت الدعوى معلومة تعلق الكلام بالكشف عن سببها، وللمدعى عليه ثلاثة أقسام:

قسم لا يجب الكشف عن سببه.

وقسم يجب الكشف عن سببه.

وقسم مختلف في وجوب الكشف عن سببه.

[قسم لا يجب الكشف عن سببه]

فأما الذي لا يجب الكشف عن سببه: فالأملاك المدعاة من عين، أو دين، فالعين أن يدعي داراً أو ثوباً أو عبداً معلوماً بصفة أو تعيين، والدين أن يقول عليه ألف درهم بصفتها فلا يلزم أن يسأله عن سبب ملكه، لما ادعاه، ولو سأله لم يجب على المدعي ذكر سببه.

وإنما لم يجب الكشف عن سبب الملك، لأن أسباب الملك تكون من جهات شتى بكثرة عددها، لأنه قد يملك بالميراث والابتياع وبالهبة والقيمة وبالوصية وبغير ذلك من الوجوه كالإجباء وحدوث النتاج والثمار فسقط الكشف عن سببها لكثرتها واختلافها.

[قسم يجب الكشف عن سببه]

وأما القسم الذي يجب الكشف عن سببه، فدعوى القذف والقتل، فإن ادعى قتلاً قيل أعمدٌ أم خطأ؟

فإن قال: عمد سئل عن صفة العمد، وإن ادعى قذفاً سئل عن لفظ القذف، لأن القتل يختلف حكم عمده، وخطئه، وقد يدعى من العمد ما لا يكون عمداً، ولما في العمد من اختلاف أسبابه، وأحكامه وفي الحكم به قبل السؤال فوات ما لا يمكن استدراكه، والقذف قد تختلف ألفاظه وأحكامه فافتقر ذلك إلى كشف السبب، وصفته ليزول عن الاحتمال وصار كالشاهد إذا شهد بفسق مجروح، أو نجاسة ماء لم يحكم بنجاسته حتى يذكر سبب ما صار به المجروح، فاسقاً، والماء نجساً للاختلاف في التفسيق والتنجيس.

[القسم المختلف فيه]

فصل: وأما القسم المختلف في وجوب الكشف عن سببه، فهو أن تتوجه الدعوى إلى عقد يتردد بين الصحة والفساد، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مما يغلظ حكمه في الشرع، كالنكاح المغلظ بالولي والشاهدين، فالحاكم مندوب عند الشافعي أن يسأل مدعي النكاح عن صفته، فيقول نكحتها بولي وشاهدي عدل، ورضاها، فاختلف أصحابه فيما خص به النكاح من صفة العقد، هل هو محمول على الوجوب أو على الاستحباب على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه محمول على الاستحباب دون الوجوب سواء ادعى العقد فقال:

تزوجت بهذه المرأة، أو ادعى النكاح فقال هذه زوجتي، وتصح الدعوى، وإن لم يصف العقد، وهذا قول أبي العباس بن سريج وبه قال أبو حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يلزم في دعوى البيع صفة العقد، وإن اعتبرت فيه شروط، اختلف فيها لم يلزم صفة النكاح لأجل شروطه، واختلاف الناس فيها.

والثاني: أنه قد يُعتَبر في صحة النكاح وجود شرائط كالولي، والشاهدين، ورضا المنكوحة، وعدم شروط كعدم العدة، والردة، والإحرام، فلمّا لم يعتبر في دعوى النكاح، الشروط المعدومة لم تعتبر الشروط الموجودة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهبه، وعليه قول الأكثرين من أصحابه أنه محمول على الوجوب، وأن الشروط المعتبر وجودها في صحة النكاح، شرط في صحة دعواه، سواء توجهت الدعوى إلى العقد أو إلى الزوجية، واختلف على هذا في سبب اختصاصه في الدعوى بصفة العقد، فقال أبو علي بن أبي هريرة لأن النبي ﷺ خصَّه من سائر العقود بأن قال: «لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ»[1]، ولولا هذا التخصيص لكان كغيره، وعلل أبو إسحاق المروزي بأن الفروج موضوعة على الحظر، والتغليظ فلم يجز استباحتها بدعوى محتملة، حتى ينفي عنها الاحتمال به لصفة.

وعلل أبو حامد المروزي بأن في استباحة الزوج إتلافاً لا يستدرك ومأثماً لا يرتفع بالإباحة، فأشبه دعوى القتل، وخالف ما سواه من عقود الأملاك.

وعلل آخرون بأن الإطلاق في عقود النكاح أكثر، وما يطلق على اسم النكاح من فاسد العقود أقل، وفرقوا بين شروط الوجود، وشروط العدم وأن الشروط المعدومة أصل في العدم، فحملت على ظاهر العدم وليس لشروط الوجود أصل في الوجود فلم يحمل على ظاهر الوجود.

والوجه الثالث: إن كانت الدعوى، في عقد النكاح، فقال تزوجت هذه المرأة، كانت شروط العقد معتبرة في صحة الدعوى وإن اقتصرت الدعوى على النكاح الأول، دون العقد فقال هذه زوجتي، لم يعتبر شروطاً للعقد في صحة الدعوى، لأن الاستدامة أخف حكماً من الابتداء، لأن الشهادة على عقد البيع، والنكاح بالخبر الشائع لا

---

(١) أخرج الشطرين: الدارقطني في السنن (٣/ ٢٢١، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧) وابن حبان (موارد الظمآن ١٢٤٧)، والخطيب في تاريخ بغدادي (٦/ ٢٧٩) وابن عدي في الكامل (١/ ١٩٧)، وأخرج الشطر الأول: أبو داود في السنن (١/ ٩٣٥)، كتاب النكاح، باب في الولي حديث (٢٠٨٥) والترمذي (٣/ ٤٠٧)، كتاب النكاح، باب ما جاء إلا بولي، حديث (١١٠١) وابن ماجه في السنن (١/ ٦٠٥)، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم (١٨٨٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٠٧، ١٠٨).

تصح، حتى يشاهد المتعاقدين، ويسمع لفظهما بالعقد والشهادة على الأملاك، والزوجية بالخبر الشائع تصح، فلذلك تغلظت دعوى العقد وتخففت دعوى الزوجية.

فصل: فإذا صحت دعوى النكاح على ما وصفنا فهي على ضربين:

أحدهما: أن تتوجه الدعوى من الزوج على الزوجة، فتؤخذ بالجواب عنها، ولها في الجواب حالتان: إقرار وإنكار فإن أقرت بالزوجة، حكم بإقرارها، وأنها زوجة لمدعي نكاحها وسواء كانا في حضر أو سفر.

وحكي عن مالك أنه يحكم بذلك في السفر ولا يحكم به في الحضر إلا ببينة أو يُرَى دخوله عليها، وخروجه من عندها، لإمكان ذلك في الحضر وتعذره في السفر إلاَّ أن يكونا في غربة فيقبل.

وقد ذكره الشافعي في القديم فمن أصحابه من خرجه قولاً له في القديم، ومنهم من نسبه إلى حكايته له عن مالك وأنَّ مذهبه في القديم، والجديد، وقول فقهاء العراق أن تصادقهما على النكاح يوجب الحكم بصحته في الحضر، والسفر، وفي الغربة، والوطن، لأنه من لوازم العقود لهما، فحكم فيه بالصحة لتصادقها كسائر العقود.

ولأن التصادق على العقد أثبت من البينة.

ولأن العقد يسبق التصرف فلم يعتبر في الإقرار به وإن أنكرته الزوجة أحلفت.

وقال أبو حنيفة: لا يمين عليهما وقد مضى الكلام معه في وجوب الأيمان في جميع الدعاوى.

فإن حلفت فلا نكاح بينهما، ما لم يكن له بينة بالعقد عليها وبينته شاهدان عدلان لا غير، إما على حضور العقد وإما على إقرارها به، وأخذت بالاجتماع معه جبراً.

وإن نكلت عن اليمين مع عدمه للبينة ردت عليه اليمين، وحكم له بنكاحها، إذا حلف وإن نكل عن يمين الرد انقطعت الدعوى، وزال حكمها.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون دعوى النكاح، متوجهة من الزوجة على الزوج، فإن اقترن بدعواها، طلب حق يتعلق بها من مهر، أو نفقة سمعت دعواها عليه، وهل يعتبر في صحة دعواها، ذكر شروط العقد على ما ذكرناه من الأوجه الثلاثة، وأخذ الزوج بالجواب عن دعواها، وإن لم يقترن بدعواها، طلب حق يتعلق ففي وجوب أخذ الزوج بجواب دعواها وجهان:

أحدهما: لا يسأل عن الجواب، ولا يؤخذ به، لأنه إذا لم يتعلق بالدعوى، طلب حق صار إقراراً له بالعقد، ولا جواب على المقر له.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه يؤخذ بالجواب عنه، لأنه قد يتعلق بهذه الدعوى ما يحدث بعدها، من ثبوت نسب واستحقاق ميراث، فإذا صحت دعواها على ما بينا وأخذ الزوج بجوابه عنها، فله حالتان: إقرار وإنكار. فإن أقر حكم بثبوت النكاح بينهما بتصادقهما في الحضر والسفر، على ما قدمناه، وإن خالف فيه مالك فإن أنكرها ولها بينة، سمعت، وحكم لها بالنكاح.

وإن عدمت البينة، أحلف لها على إنكاره، فإن حلف فلا نكاح بينهما، وجاز لها أن تنكح غيره، وإن أقرت بنكاحه، لأن نكاحها قد زال بيمينه، ولا يجوز أن لا تكون زوجة له، وتحرم على غيره.

وإن نكل عن اليمين ردت عليها، فإذا حلف بعد نكوله حكم لها عليه بالزوجية، وحل له إصابتها، والاستمتاع بها، وإن أنكر العقد، لأنه قد حكم بينهما بالزوجية فكان الحكم لكل واحد منهما قَطْعُه.

ولا يجوز أن يحكم عليه بالنكاح، ويحكم عليه بتحريم الاستمتاع، وليس حجود النكاح طلاقاً، تحرم به عليه، لأنه لو كان طلاقاً لارتفع به النكاح، وإذا كان النكاح بعده ثابتاً، امتنع أن يكون طلاقاً فامتنع أن يحرم عليه الاستمتاع.

[دعوى غير النكاح]

فصل: فأما دعوى غير النكاح من سائر العقود كالبيع، والإجارة، والرهن، فإن لم يعتبر شروط العقد في دعوى النكاح فأولى أن لا تعتبر في دعوى غيره من العقود، لأنها إذا لم تعتبر في الأغلظ كان أولى أن لا تعتبر في الأخف وإن اعتبرت في النكاح فقد اختلف أصحابنا في اعتبارها في دعوى غيره من البيع والإجارة على ثلاثة أوجه:

أحدها: يعتبر في دعواها شروط العقد، سواء استبيح بها، ذات فرج أم لا، لأنها قد توجد فيها الصحة، والفساد كالنكاح، فيقول في دعوى العبد ابتعت هذا العبد بألف درهم بعد رؤيته وافترقنا عن تراضٍ منه.

والوجه الثاني: يجوز إطلاق الدعوى، ولا تعتبر فيها شروط العقد وسواء استبيح بها ذات فرج أم لا بخلاف النكاح، لوقوع الفرق بينهما في التغليظ باعتبار الولي والشاهدين في النكاح، وسقوط اعتباره في البيع.

والوجه الثالث: إن استبيح بالبيع ذات فرج كابتياع الأمة اعتبر في دعوى ابتياعها شروط العقد، كالنكاح، وإن لم يُسْتَبَحْ به ذات فرج كابتياع البهائم، والأمتعة، لم يعتبر في دعوى ابتياعها شروط العقد لتخفيف حكمها بأنها تملك بالإباحة، ويشبه أن يكون لهذا الموجه وجه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَالأَيْمَانُ فِي الدِّمَاءِ مُخَالِفَةٌ لِغَيْرِهَا لاَ يُبْرَأُ مِنْهُ إلاَّ بِخَمْسِيْنَ يَمِيناً وَسَوَاءٌ النَّفْسُ وَالجَرْحُ فِي هَذَا نَقْتُلُهُ وَنَقُصُّهُ مِنْهُ بِنُكُولِهِ وَيَمِينِ صَاحِبِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: قَطَعَ فِي الإِمْلاَءِ بِأَنْ لاَ قَسَامَةَ بِدَعْوَى مَيِّتٍ وَلَكِنْ يَحْلِفُ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَيَبْرَأُ فَإِنْ أَبَى حَلَفَ الأَوْلِيَاءُ وَاسْتَحَقُّوا دَمَهُ وَإِنْ أَبَوْا بَطَلَ حَقُّهُمْ وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلاَفِ الحَدِيثِ مَنِ ادَّعَى دَماً وَلاَ دَلاَلَةَ لِلْحَاكِمِ عَلَى دَعْوَاهُ كَالدَّلاَلَةِ الَّتِي قَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْقَسَامَةِ أُحْلِفَ المُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا يَحْلِفُ فِيمَا سِوَى الدَّمِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا بِهِ أَشْبَهُ وَدَلِيلٌ آخَرُ حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْقَسَامَةِ بِتَبْدِئَةِ المُدَّعِي لاَ غَيْرِهِ وَحَكَمَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ بِتَبْدِئَةِ يَمِين المُدَّعَى عَلَيْهِ لاَ غَيْرِه فَإِذَا حَكَمَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا وَصَفْتُ بِتَبْدِئَةِ المُدَّعَى عَلَيْهِ ارْتَفَعَ عَدَدُ أَيْمَانِ القَسَامَةِ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب القسامة، وذكرنا أن دعوى الدماء، يخالف دعوى الأموال، من وجهين:

أحدهما: بالتبدئة بيمين المدعي مع اللّوث، وبأعداد الأيمان خمسين يميناً، . وإذا اختصت الدماء بهذين الحكمين لم تخل دعواهما من أن تكون في نفس أو طرف، فإن كانت في نفس لم يخل أن يكون معها لوث، أم لا.

فإن كان معهما لوث تعلق عليهما الحكمان في التبدئة بيمين المدعي وبإحلافه خمسين يميناً، فإن كان الولي واحداً، أحلف خمسين يميناً واستحق الدم، وفيما يستحقه به قولان:

أحدهما: القود قاله في القديم.

والثاني: الدية قاله في الجديد.

وإن كان ولي الدم جماعة ففي أيمانهم قولان:

أحدهما: أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً، يستوي فيه من قل سهمه وكثر.

والقول الثاني: أن الخمسين يقسط بينهم، على قدر ميراثه، فيحلف كل واحد منهم بقدر قسطه من مواريثه، بجبر الكسر، فإن كانوا ابناً وبنتاً حلف الابن أربعة وثلاثين يميناً، وحلفت البنت سبع عشرة يميناً.

وإن لم يكن مع الدعوى لوث، سقطت التبدئة بيمين المدعي وأحلف المدعى عليه كما يبتدأ بإحلافه في دعوى الأموال، ولكن هل تغلظ الدعوى بعدد الأيمان أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يغلظ بالعدد، ويحلف المدعى عليه يميناً واحدة. لأنه لما سقط فيها حكم التبدئة سقط فيها حكم العدد كالأموال.

والقول الثاني: تغلظ فيها الأيمان بالعدد، وإن سقط التغليظ بالتبدئة، لتغليظ حكم الدماء، بوجوب القود، والكفارة فعلى هذا إن كان المدعى عليه واحداً، حلف خمسين يميناً، وإن كانوا جماعة فعلى قولين:

أحدهما: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً.

والقول الثاني: يقسط الخمسون بينهم على عددهم إلا أن يكونوا ورثة ميت، فتقسط بينهم على مواريثهم، فإن حلف برىء، وإن نكل ردت اليمين على المدعي، وفي تغليظ يمينه بالعدد قولان:

أحدهما: لا يغلظ ويحلف يميناً واحدة، يستحق بها القود في العمد قولاً واحداً، وإن لم يستحقه مع اللوث على أحد القولين، لأن يمين الرد في النكول تقوم مقام الإقرار، في أحد القولين ومقام البينة في القول الآخر، والقود يستحق بكل واحد من إقرار المدعى عليه، وبينة المدعي.

والقول الثاني: يحلف المدعي خمسين يميناً، ثم يحكم له بالقود إن حَلَفَها فإن كانوا جماعة فعلى قولين:

أحدهما: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً.

والقول الثاني: أنها تقسط بينهم على قدر مواريثهم بجبر الكسر.

فصل: فأما إن كانت دعوى الدم في الأطراف فتسقط فيها التبدئة، بيمين المدعي، سواء كان معها لوث، أو لم يكن لسقوط تغليظها، بسقوط الكفارة فيها، فأما تغليظه بعدد الأيمان، فإن لم تغلظ بالعدد في النفوس عند عدم اللوث، فأولى أن لا تغلظ بالعدد في الأطراف وإن غلظت بالعدد في النفوس ففي تغليظ الأيمان بالعدد في الأطراف قولان:

أحدهما: لا تغلظ، ويحلف المدعى عليه يميناً واحدة، ويبرأ من الدعوى، فإن نكل عنها ردت اليمين على المدعي، وحلف يميناً واحدة، واستحق بها القود.

والقول الثاني: أن تغلظ الأيمان بالعدد وفي كيفية تغليظها قولان:

أحدهما: تغلظ في دعوى كل طرف خمسين يميناً، سواء قلت ديته أو كثرت.

والقول الثاني: أنها تسقط على دية الطرف من جملة دية النفس، فإن كان الطرف موجباً لجميع الدية كاللسان والذكر حلف خمسين يميناً وإن كان فيه نصف الدية

كإحدى اليدين حلف خمسة وعشرين يميناً وإذا كان فيه ثلث الدية كالمأمومة، والجائفة، حلف سبع عشرة يميناً وإن كان فيه عشر الدية، كالأصبع حلف خمسة أيمان، وإن كان فيه نصف العشر كالموضحة حلف ثلاثة أيمان فإن كان المدعى عليه واحداً حلفها، وإن كانوا جماعة فعلى قولين:

أحدهما: أن يحلف كل واحد منهم جميع هذا العدد المذكور.

والقول الثاني: أنه يقسط هذا العدد بينهم على قدر مواريثهم بجبر الكسر، فإن نكلوا عن اليمين، ردت على المدعي وكانت عدد أيمانه مثل عدد أيمانهم على الأقاويل.

فصل: فأما المزني فإنه اختار أن يكون عدد الأيمان معتبراً بالتبدئة فإن حكم بتبدئة المدعي لوجود اللوث، غلظت الأيمان بالعدد وإن سقطت التبدئة بيمين المدعي سقطت عدد الأيمان. ثم ذكر المزني في كلامه مسألة حكاها عن الشافعي في الإملاء فقال «ولا قسامة، بدعوى ميت» يريد به أن المقتول إذا قال قبل موته، قتلني فلان فلا قسامة لوارثه، يعني أنه لا يبدأ بيمينه ولا يجعل ذلك لوثاً له، رداً على مالك حيث جعله لوثاً وقد مضى الكلام فيه.

فأما عدد الأيمان فيه فيكون على القولين في عددها، مع عدم اللوث فلم يكن للمزني في إيرادها دليل على ما اختاره، من سقوط العدد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالدَّعْوَى فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالنُّكُولِ وَرَدِّ اليَمِينِ كَهِيَ فِي المَالِ إِلاَّ أَنَّ الكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ ضَعِيفَةٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة في كفالة النفوس، قد مضت في كتاب الضمان مستوفاة، وأعادها المزني هاهنا لأمرين:

أحدهما: بصحة الدعوى بصحتها، وفساد دعواها بفسادها.

والثاني: لوجوب اليمين في إنكارها إذا صحت، والذي نص عليه الشافعي في كتاب الضمان، أنَّ كفالة النفوس صحيحة وهو قول جمهور الفقهاء، لقول الله تعالى في قصة يوسف عليه السلام ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾ [يوسف: ٦٦] يعني كفيلاً بنفسه، ولأنه قد عمل بها الصدر الأول، ولأن فيها رفقاً بالناس، وتعاوناً على الصيانة.

ثم قال الشافعي هاهنا: «إلا أن الكفالة في النفس ضعيفة».

فاختلف أصحابنا في مراده بضعفها، فقال بعضهم، أراد به بطلانها.

فخرجوا هذا قولاً ثانياً، في إبطالها لأنه لم يكفل بمال في الذمة، ولا بعين مضمونة، يجب غرم قيمتها.

وقال آخرون منهم، لم يرد بالضعف إبطالها، وإنما أراد ضعفها في قياس الأصول، وإن صحت بالآثار والعمل المتفق عليه.

فأما إذا كانت الكفالة بالنفس في حقوق الله تعالى: فإن منع منها في حقوق الآدميين على التخريج الذي ذهب إليه بعض أصحابنا كانت في حقوق الله تعالى أمنع لإدرائها بالشبهات.

وإن أجيزت في حقوق الآدميين على الظاهر المشهود، من المذهب ففي جوازها في حقوق الله تعالى قولان:

أحدها: لا تجوز تعليلاً بما ذكرنا.

والقول الثاني: تجوز لقول النبي ﷺ: «قَدَرُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى».

فصل: فإذا توجهت دعوى الكفالة على رجل، خوصم فيها إلى الحاكم فإن كان يرى إبطال الكفالة بالنفس، لم تسمع الدعوى فيها، ولم تجب اليمين في إنكارها، وإن كان يرى جوازها سمع الدعوى فيها وأوجب اليمين على منكرها. وقال أبو حنيفة: لا يمين على منكرها، وإن صحت، وبناه على أصله في إسقاط اليمين على المنكر، في خمسة عشر موضعاً يطول شرحها، وقد مضى الكلام في نظائرها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَكْرَاهُ بَيْتاً مِنْ دَارِهِ شَهْراً بِعَشَرَةٍ وَأَقَامَ الْمُكْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَكْتَرَي مِنْهُ الدَّارَ كُلَّهَا ذَلِكَ الشَّهْرَ بِعَشَرَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ وَيَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ فَإِنْ كَانَ سَكَنَ فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مِثْلِهَا».

قال الماوردي: اعلم أن اختلاف المتكاريين في عقد الإجارة كاختلاف المتبايعين في عقد البيع، فيكون اختلافهما تارة في الأجرة كاختلافهما في الثمن، ويختلفان تارة في قدر المدة، كاختلافهما في قدر المبيع، ويختلفان في صفة المكري كاختلافهما في صفة المبيع، فيحكم بالبينة، ويتحالفان عند عدمها، لأن الإجارة صنف من البيوع، فتساويا في التحالف.

فإذا تقرر هذا فصورة المسألة: أن يختلف المتكاريان فيقول المكري أكريتك بيتاً من هذه الدار شهر رمضان بعشرة.

ويقول المكتري، بل أكتريت منك جميع هذه الدار شهر رمضان، بعشرة فإن عدما البينة تحالفا، وبدأ الحاكم بإحلاف المُكْرِي، كما يبدأ بإحلاف البائع.

فإن حلف أحدهما فنكل الآخرَ قضى للحالف منهما على الناكل.

وإن حلفا معاً فقد تساويا، ولم يترجح أحدهما على الآخر، فوجب أن يبطل العقد بينهما، وفيما يبطل به العقد وجهان:

أحدهما: يبطل بنفس التحالف كما يرتفع نكاح المتلاعنين بنفس اللعان، حتى يحكم الحاكم بإبطاله، لأن التحالف لتصحيح العقد دون إبطاله فوجب أن يبطل بالحكم لأجل التعارض.

فعلى هذا لا يجوز للحاكم أن يحكم بإبطاله إلا بعد أن يعرض على كل واحد منهما إمضاء ما حلف عليه صاحبه.

فيقول للمكتري: قد حلف المكري على ما ادعى، فتمضيه؟

فإذا قال: لا. ؟قال للمكري قد حلف المكتري على ما ادعى فتمضيه؟

فإذا قال: لا، حكم بالفسخ بينهما.

ولو تراضيا على ما ادعاه أحدهما أمضاه على ذلك، وإذا امتنعا من الإمضاء، وحكم بينهما بالفسخ ففي انفساخ العقد بينهما وجهان:

أحدهما: ينفسخ في الظاهر والباطن كما لو فسخه بتحالفهما.

والوجه الثاني: ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لأن حكم الحاكم لا يحيل الشيء عما هو عليه.

ويُنْظَر في التحالف فإن كان قبل مضي شيء من المدة استرجع المكتري أجرته، واسترجع المكري داره، وإن كان بعد مضي المدة، أو بعضها لزم المكتري أجرة مثل سكناه، لاستهلاكه لمنفعتها عن عقد قد حكم بفساده.

فصل: وإن كان لهما عند التحالف بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تحضر البينة قبل التحالف، فتسمع ويمنع حضورها من التحالف، لأن البينة أولى من اليمين.

والضرب الثاني: أن تحضر البينة بعد التحالف فيكون سماعها محمولاً على ما أوجبه التحالف من فسخ العقد.

فإن قيل: إنه قد انفسخ به العقد ظاهراً وباطناً لم تسمع البينة.

وإن قيل إنه قد انفسخ به العقد في الظاهر دون الباطن سمعت، لأن تصادقهما أقوى من سماع البينة منهما، وتصادقهما غير معمول به إذا قيل بفسخ العقد في الظاهر والباطن، ومعمول به إذا قيل بفسخ العقد في الظاهر، دون الباطن، كذلك البينة: فإذا سمعت البينة على ما ذكرنا لم يخل أن تكون لأحدهما أوْلَهُمَا:

فإن كانت لأحدهما سمعت، وحكم بها لمقيمها سواء شهدت للمكري، أو للمكتري.

فإن أقام كل واحد منهما بينته، شهدت له بما ادعى لم يخل حالهما من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون إحدى البينتين أسبق تاريخاً من الأخرى فإن شهدت إحداهما بأنهما تعاقدا مع طلوع الشمس، وشهدت الأخرى أنهما تعاقدا مع زوالها من ذلك اليوم فالعقد هو السابق منهما، لأن الثاني بعد صحة الأول باطل.

والضرب الثاني: أن تشهدالبينتان بالعقد في وقت واحد، فقد اختلف قول الشافعي في تعارض البينتين في الأموال على ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاط البينتين، وبه قال مالك لأمرين:

أحدهما: لتكاذبهما في الشهادة، فسقطت بالتكاذب.

والثاني: أن البينة ما بان بها الحكم، فإذا لم يكن بها بيان ردت، لأن لا بيان فيها لأحدهما بعينه.

والقول الثاني: أنه يقرع بين البينتين، ويحكم بمن قرع منهما. وهو محكي عن علي وابن الزبير رضي الله عنهما لأمرين:

أحدهما: ما رواه سعيد بن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء وأقام كل واحد منهما شهوداً فأسهم رسول الله ﷺ بينهما وقال «اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا»[1].

والثاني: أن اشتباه الحقوق المتساوية، يوجب تمييزها بالقرعة، كدخولها في القسمة في السفر بإحدى نسائه، وفي عتق عبيده، إذا استوعبوا التركة.

والقول الثالث: أن يقسم الملك بينهما بالبينتين، وهو محكي عن ابن عباس، وبه قال سفيان الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه لأمرين:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٥٩).

أحدهما: ما رواه سعيد بن أبي بردة، عن أبيه عن جده أبي موسى الأشعري أن رجلين تداعيا عند رسول الله ﷺ بَعِيراً، أَوْ دَابَّةً، وشَهِدَ لكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْـنِ.

والثاني: أن البينة أقوى من اليد، وقد ثبت أنهما إذا تساويا في اليد جعل بينهما، فوجب إذا تساويا في البينة، أن يكون أولى، بأن يجعل بينهما، فهذه ثلاثة أقاويل اتفق أصحابنا على تخريجها في تعارض البينتين في الأموال، واختلفوا في تخريج قول رابع وهو وقفهما على البيان فخرجه البغداديون قولاً رابعاً للشافعي وامتنع البصريون من تخريجه قولاً رابعاً، لأن وقف البينة على البيان يوجب الحكم بالبيان دون البينة، وإنما يوقف المال على البيان دون البينة، وهذا أشبه، فإذا تقررت هذه الأقاويل في تعارض البينتين لم يخرج في تعارضهما في عقد الإجارة إلا قولين:

أحدهما: إسقاطهما ويتحالف المتداعيان.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين، والحكم بشهادة من قرع منهما.

وفي إحلاف من قرعت بينته قولان، من اختلاف قولي الشافعي في القرعة هل دخلت ترجيحاً للدعوى، أو للبينة فأخذ قوليه، أنها دخلت ترجيحاً للبينة.

فعلى هذا لا يمين على من قرعت بينته، لأن الحكم بالبينة ولا يمين مع البينة.

والقول الثاني: أنها دخلت ترجيحاً للدعوى، فيجب إحلاف المدعي.

فعلى هذا يكون فيما ثبت به الحكم وجهان:

أحدهما: باليمين مع البينة، وتكون يمينه بالله أنه ما شهدته بينته حق، وقد نص عليه الشافعي.

والوجه الثاني: أن الحكم يثبت بيمينه ترجيحاً بالبينة، وتكون يمينه بالله، لقد اكتريت منه الدار بكذا.

ولا يجيء فيه تخريج القول الثالث، أنه يقسم بينهما بالبينتين، لأن قسمة العقد لا تصح. ولا يجيء فيه تخريج القول الرابع إن صح تخريجه، أنه يكون موقوفاً على البيان لتعذره في الدعوى والبينة، فوجب أن يفصل الحكم بينهما بالتحالف.

والضرب الثالث: أن تكون البينتان مطلقتين ليس فيهما تاريخ يدل على اجتماعهما أو تقدم إحداهما فقد حكي عن أبي العباس بن سريج، أنه يحكم بأزيد البينتين، فإن كان الاختلاف في الأجرة حكم بأكثرهما قدراً.

وإن كان في الكراء حكم بأكثرهما قدراً.

كما لو شهدت بينة بألف، وبينة بألفين، حكم بالألفين. والذي نص عليه الشافعي: أن البينتين متعارضتان تتساوى فيها الزيادة والنقصان، لأن عقد الكراء بعشرة يمنع من عقده بعشرين، وكراء البيت بعشرة يمنع من كراء الدار بعشرين، فيكون تعارضهما محمولاً على القولين، يسقطان من أحدهما ويقرع بينهما في الثاني.

فصل: وإذا تنازع المكري، والمكتري، في شيء من آلة الدار، وادّعاه كل واحد منهما ملكاً، لنفسه انقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكون القول فيه قول المكري وهو كل ما كان متصلاً بالدار من آلاتها، كالأبواب والدّهْليزات والرفوف المتصلة، والسلاليم المسمرة، فالقول في ملكها قول المكري، مع يمينه لاتصالها بالدار التي هو مالكها.

والقسم الثاني: ما يكون القول فيه قول المكتري مع يمينه، وهو قماش الدار وفرشها من البسط، والحصر، والصناديق، لأنه من آلة السكنى والمكتري أحق بالسكنى.

والقسم الثالث: ما يتحالفان عليه، وهو ما كان من آلة الدار منفصلاً عن الدار كالرفوف، والسلاليم المنفصلة، وإغلاق الأبواب، وأطباق التنانير فالعرف فيها متقابل، واليد فيه مشتركة، فيجعل بينهما بعد تحالفهما.

ولو كانت منشأة بين نهر وضيعة فادّعاها صاحب الماء وقال: هي الجامعة لماء نهري، وقال صاحب الضيعة: هي المانعة للماء عن ضيعتي، فهما فيها متساويان فيتحالفان عليها، وتجعل بعد الأيمان بينهما والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى دَاراً فِي يَدَيْ رَجُلٍ فَقَالَ لَيْسَتْ بِمِلْكٍ لِي وَهِيَ لِفُلَانٍ فَإِنْ كَانَ حَاضِراً صَيَّرْتُهَا لَهُ وَجَعَلْتُهُ خَصْمَاً عَنْ نَفْسِهِ وَإِنْ كَانَ غَائِبَاً كُتِبَ إِقْرَارُهُ وَقِيلَ لِلْمُدَّعِي أَقِمِ البَيِّنَةَ فَإِنْ أَقَامَهَا قَضَى بِهَا عَلَى الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَيَجْعَلُ فِي القَضِيَّةِ أَنَّ المُقِرَّ لَهُ بِهَا عَلَى حُجَّتِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: قَدْ قَطَعَ بِالقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ وَهُوَ أَوْلَى بِقَوْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في دار في يدي رجل، يتصرف فيها فادّعاها عليه رجل، وقال: هي لي ،فقال صاحب اليد: ليست هذه الدار لي، وهي لغيري فله حالتان:

إحداهما: أن يذكر اسم من جعلها له.

والثاني: أن لا يذكره فإن لم يذكر اسم من جعلها له، لم يكن ذلك جواباً.

وقيل له: قد توجه عليك جواب عدلت عنه، فإن أقمت على هذا، جعلت ناكلاً وأحلف المدعي، وحكم له بانتزاع الدار من يدك، فإن عاد فادعاها لنفسه بعد إنكاره، ففي قبول قوله وجهان-حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا يقبل قوله بعد إنكاره؛ لأنه قد اعترف بها لغيره ويجعل كالناكل، ويحلف مدعيها، ويحكم بها له.

والوجه الثاني: يقبل قوله فيها، لأنه لم يتعين فيها من جعلها له، فصار إقراره كعدمه. فيحلف عليها أنها له، ويحكم له بالدار لأجل يده، إلا أن يكون لمدعيها بينة فتسمع منه، ويحكم بها له، وإن سمى صاحب اليد من جعل الدار له، وقال: هي لفلان، لم يخل أن يكون حاضراً، أو غائباً.

فإن كان حاضرا لم يخل حاله أن يقبل الإقرار أو ينكره، فإن قَبِلَ الإقرار، صارت اليد له، وانتقلت الخصومة إليه وتوجهت عليه الدعوى، فإن أنكر مدعيها، حلف له وكان أحق بالدار بيمينه ويده، إلا أن يقيم مدعيها بينة، فيحكم بها له ببينته؛ لأنها أولى من يد، ويمين.

فإن أقام صاحب اليد البينة صار أحق بها ببينته، ويده من بينة بغير يد.

فإن طلب مدعيها إحلاف صاحب اليد عليها، بعد أن حكم بها للمقر له، ففي إجابته إلى إحلاف صاحب اليد قولان مبنيان على اختلاف القولين، فيمن أقر بدار في يده لزيد، ثم أقر بها لعمرو، وكان زيد أحق بها من عمرو بالإقرار الأول، وهل يؤخذ المقر بغرم قيمتها لعمرو بالإقرار الثاني؟ على قولين:

أحدهما: يؤخذ بغرم قيمتها لعمرو، لأنه قد استهلكها عليه بإقراره. لزيد، فعلى هذا إيجاب المدعي إلى إحلاف صاحب اليد، لأنه لو أقر له لزمه الغرم.

والقول الثاني: لا غرم عليه، لبقاء الدار وتوجه المطالبة بها.

فعلى هذا لا يحلف صاحب اليد ولا يستحق عليه بالنكول غرم.

فصل: فإن لم يقبل من جعلت له الدار إقرار صاحب اليد وأنكرها، لم يخل حال صاحب اليد من أن يكون مقيماً على إقراره، أو راجعاً عنه.

فإن أقام على إقراره بها لمن أنكرها، ولم يقبلها طولب مدعيها ببينته، فإن أقامها، حكم له بالدار، وإن عدمها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن الحاكم ينصب لها أميناً يحفظها على مالكها، حفظ اللقطة، حتى تقوم البينة بها، إما لمدعيها، أو لغيره فيحكم بها له،

ولا تدفع، إلى المدعي بيمينه، لأن يمينه هي يمين رد بعد النكول، ولم يحكم بنكول من توجهت عليه اليمين، فإن طلب المدعي إحلاف صاحب اليد ففي إجابته إلى إحلافه ما قدمناه من القولين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا وجه لإيقافهما على من لا يدعيها، والواجب أن يحلف المدعي عليها، وتدفع إليه الدار بعد يمينه فإن حضر مدعٍ لها بعد تسليمها إلى الأول بيمينه، ونازعه فيها فهل يكون منازعاً فيها لذي يد، أو لغير ذي يد؟ على وجهين:

أحدهما: يكون منازعاً لذي يد لتقدم الحكم بها له، فصارت يداً فيكون القول فيها إن أنكر قوله مع يمينه.

والوجه الثاني: يكون منازعاً لغير ذي يد، لأنها دفعت إليه بيمين من غير يد فيحلفان عليها، وتكون بينهما كالمتداعيين لما ليس في أيديهما وإن رجع صاحب اليد عن إقراره حين رد عليه وادعاها لنفسه، أو أقرّ بها لغيره ففي قبوله من ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يقبل منه، سواء ادعاها لنفسه، أو أقر بها لغيره، لأن إقراره الأول قد أكذب الثاني فعلى هذا يكون الحكم كما لو أقام على إقراره الأول.

والوجه الثاني: يقبل منه سواء ادعاها لنفسه، أو أقر بها لغيره، لأن لم يتعلق بإقراره حق لمعين، فعلى هذا إن ادعاها لنفسه، كان هو الخصم فيها وإن أقر بها لغيره، انتقلت الخصومة إليه، وكانت المنازعة مع ذي يد لأنه أقر بها له ذو يد.

والوجه الثالث: يقبل إقراره بها لغيره، ولا يقبل منه دعواها لنفسه لأنه متهوم في ادعائها لنفسه، وغير متهوم في الإقرار بها لغيره.

فصل: وإن كان صاحب اليد قد أقر بها في الابتداء لغائب، لم يخل حال المدعي من أن تكون له بينة أو لا بينة له، فإن لم تكن له بينة كان الحكم موقوفاً على قدوم الغائب، والدار مقرة في يد صاحب اليد، فإن طلب المدعي إحلاف صاحب اليد، ففي إجابته إلى إحلافه ما قدمناه من القولين.

فإن قيل: لا يمين عليه، انقطعت الخصومة بينهما، وكانت موقوفة على قدوم الغائب.

وإن قيل: بوجوب اليمين عليه، ففي كيفية يمينه وجهان:

أحدهما: يحلف أن الدار للغائب فلان، لتكون يمينه موافقة لإقراره.

والوجه الثاني: يحلف أنه لا حق لهذا المدعي فيها لتكون يمينه معارضة للدعوى.

فإن حلف برىء من مطالبة الداعي، وإن نكل أحلف المدعي، وحكم له بقيمة الدار.

فإن قدم الغائب المقر له، كان له منازعته في الدار، وإن صار إلى قيمتها فإن أفضى النزاع إلى الحكم بالدار للغائب. استقر ملك المدعي على القيمة وإن أفضى إلى الحكم بالدار للمدعي أخذ برد القيمة على صاحب اليد، لئلا يجمع بين ملك الدار وقيمتها.

وإن كان لمدعي الدار بينة، عند الإقرار بها للغائب سمعت بينته، وقضى له بالدار.

واختلف أصحابنا هل يكون ذلك قضاء على الغائب المقر له، أو قضاء على صاحب اليد له، على وجهين:

أحدهما: أنه قضاء على الغائب المقر له فعلى هذا لا يحكم للمدعي بالبينة، حتى يحلف معها لأن القضاء على الغائب يوجب إحلاف المدعي مع بينته، لجواز أن يدعي الغائب انتقالها إليه ببيع أو هبة، فيحلف بالله إن ما شهدت به شهود الحق، وأنها لباقية على ملكه، ويكون حلفه لصدق شهوده تبعاً لحلفه ببقائها على ملكه، ولولا ذاك لما حلف بصدق الشهود، لأنه لا يلزمه إحلافه على صدقهم ولم يختلف قول الشافعي في جواز القضاء على الغائب، وإن وهم المزني في كلامه أن قوله قد اختلف فيه، وهو وهم منه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه قضاء على صاحب اليد الحاضر، دون الغائب، وهو الظاهر من كلام الشافعي، لأنه قال: قضى له على الذي هي في يديه، وإنما كان قضاء على الحاضر، لأن الدعوى توجهت إليه، فتوجه القضاء عليه.

فعلى هذا يحكم بالدار للمدعي ببينته دون يمينه، ونسب المروزي المزني إلى الغلط في هذا الموضع من وجهين:

أحدهما: أنه جعل ذلك قضاء على الغائب، وهو قضاء على الحاضر.

والثاني: أنه وهم في تخريج القضاء على الغائب على قولين، ولعمري أنه وهم فيما أوهم من القولين، وهو فيما رآه من القضاء على الغائب محتمل، فإذا قدم الغائب، بعد الحكم بالدار للمدعي واعترف بها ونازع فيها وجرى عليه حكم منازع ذي يد، لأنها انتزعت من يد منسوبة إليه، واختار الشافعي للحاكم، إذا حكم بالدار

للمدعي ببينته أن يكتب في قضائه للمدعي صفة الحال، وأنه حكم ببينته، وأنه جعل الغائب فيها على حجته.

فصل: فإن أراد صاحب اليد، حين انتزعت الدار من يده ببينة المدعي، أن يقيم بينة الغائب بملكه للدار لم يخل حاله في إقامتها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ثابت الوكالة عن الغائب، فيسمع منه البينة للغائب بالملك، لأنه وكيله فيها، ويحكم للغائب، لأن له مع البينة يداً ليست للمدعي.

والقسم الثاني: أن لا يكون وكيلاً للغائب، ولا يتعلق له بالدار حق على الغائب من إجارة، ولا رهن فلا تسمع منه البينة للغائب، لأنه لا حق له في إقامتها، وقد يجوز أن يكون الغائب منكراً لها، ويكون الحكم فيها ببينة المدعي، حتى يقدم الغائب، فيدعي كمن شهدوا في تركة بقسم ومال مفلس يباع عليه أن عبداً من جملته ملك لغائب لم يدعه، لم تسمع الشهادة، وقسم بين ورثة الميت وغرماء المفلس، وإن أراد إقامة البينة، بملك الغائب لاستيفاء حقه منها بالإجارة أو بالرهن فقد اختلف أصحابنا في جواز سماع البينة منه على وجهين:

أحدهما: تسمع منه البينة فيها لتعلق حقه بها، ويقضي بملكها للغائب، ويقضى عليه لصاحب اليد بالإجارة، والرهن، ويكون القضاء بها لغير مدعٍ، تبعاً للقضاء لحق الحاضر عليه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا تسمع بينة الحاضر وإن ادعى الإجارة والرهن، لأنهما تبع لملك الأصل فلم تصح فيه الإجارة، ولا الرهن، إلا بعد ثبوت ملك الغائب، وملك الغائب لا يثبت بالبينة إلا بعد مطالبته. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّ هَذِهِ الدَّارِ كَانَتْ فِي يَدَيْهِ أَمْسِ لَمْ أَقْبَلْ قَدْ يَكُونُ فِي يَدَيْهِ مَا لَيْسَ لَهُ إِلاَّ أَنْ يقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان في يد رجل دار فادعيت عليه وأقام مدعيها البينة أنها كانت في يده أمس، كالذي نقله المزني والربيع، أنه لا حجة للمدعي في هذه البينة بأن الدار كانت بيده بالأمس، ويكون القول قول صاحب اليد مع يمينه.

ونقل أبو يعقوب البويطي أن بينة المدعي مسموعة، ويقضى له بالدار، فاختلف أصحابنا في تخريجه فكان أبو العباس بن سريج يخرج سماعها على قولين:

أحدهما: ما رواه المزني والربيع أن هذه البينة لا تسمع ولا يحكم بها للمدعي، وتكون الدار مقرة في يد صاحب اليد في وقت الدعوى لأمرين:

أحدهما: أن اليد غير موجبة للملك، وإنما يستدل بظاهرها على الملك، وإن جاز أن تكون بغير ملك، لدخولها بغصب، أو إجارة، فإذا زالت بيد طارئة، صارت الثابتة أولى من الزائلة لجواز انتقالها بملك طارىء من ابتياع، أو هبة فبطل بزوالها ما أوجبه ظاهرها.

والثاني: أن البينة تسمع فيما تصح فيه الدعوى، ولو قال المدعي كانت هذه الدار في يدي بالأمس، لم تسمع هذه الدعوى فوجب إذا أقام البينة بذلك أن لا يسمع، لأن البينة يجب أن تكون مطابقة للدعوى في القبول والرد.

والقول الثاني: وهو ما نقله «البويطي» أن بينة المدعي مسموعة ويحكم بها على اليد الطارئة، لتقدمها إلا أن يقيم صاحب اليد بينة أنها انتقلت إليه بحق من هبة أو بيع، لأن اليد دالة على الملك فجرت مجراه، وقد ثبت أن المدعي لو أقام بينة على أن الدار كانت له بالأمس حكم له بها. كذلك إذا أقام بينة أنها كانت في يده بالأمس، وذهب أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا إلى إبطال ما نقله البويطي، ونسبوه إلى مذهب لنفسه، وليس بقول الشافعي لأن كتب الشافعي تدل نصوصها على خلافه، وكذلك ما نقله عنه سائر أصحابه تعليلاً، بما قدمناه، وفرقوا بين أن يقيم البينة، أنه كان مالكاً لها بالأمس، فيحكم بها، وبين أن يقيم بينة بأنها كانت في يده بالأمس، ولا يحكم بها، لأن ثبوت الملك يوجب دوامه إلا بحدوث سبب يوجب انتقاله وثبوت اليد لا توجب دوامها، لأنها قد تكون بإجارة ترتفع بانقضاء مدتها، فافترقا في القبول، لافتراقهما في الموجب.

وإذا وجب بما ذكرنا أن تكون البينة باليد المتقدمة، غير مسموعة مع ما حدث من اليد الطارئة، فإنما لا تسمع إذا كانت مقصورة على تقدم اليد فإن شهدت مع تقدم اليد بالسبب الذي انتقلت به إلى اليد الطارئة من غصب، أو وديعة، أو عارية وجب سماعها والحكم بها، وهو معنى قول الشافعي، «إلا أن يقيم بينة أنه أخذها منه».

يعني بما لا يوجب زوال الملك، إما بمباح من وديعة، أو عارية، أو بمحظور من غصب وتغلب، لأنه قد بان بالبينة، أن اليد الطارئة غير موجبة للملك فثبت بها حكم اليد المتقدمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ غَصَبَهُ إِيَّاهَا وَأَقَامَ آخَرَ البَيِّنَةُ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِهَا فَهِيَ لِلْمَغْصُوبِ وَلاَ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ فِيمَا غَصَبَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كانت دار في يد رجل فتداعاها رجلان، فقال أحدهما: هذه الدار لي غصبني عليها صاحب اليد، وأقام على ذلك بينة.

وقال الآخر: «هذه الدار لي، أقرّ لي بها صاحب اليد، وأقام على ذلك بينة: حكم بالدار للمغصوب فيه، دون المقر له، لأنه قد صار صاحب اليد بالبينة غاصباً، وإقرار الغاصب مردود.

وكذلك لو ادعاها الآخر أنه ابتاعها منه، كان بيع الغاصب، مردوداً فإن قيل: فيجب على الغاصب غرم قيمتها لمن أقر له بها على أحد القولين كمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو وغرم لعمرو قيمتها في أحد القولين قيل: لا غرم عليه هاهنا، قولاً واحداً.

والفرق بين الموضعين، أن استهلاك الدار على المقر له في هذا الموضع، كان بالبينة فلا يلزم المقر غرم ما استهلكه غيره.

وفي مسألة الإقرار كان المقر قد استهلكها على الثاني بإقراره الأول، فلزمه غرم ما استهلك.

فصل: وإذا كانت الدار في يدي رجل، فتداعاها رجلان قال أحدهما: هذه الدار لي أودعتك إياها، وأقام على ذلك بينة.

وقال الآخر: هذه الدار لي، أجرتك إياها وأقام على ذلك بينة.

فصارا متداعيين لملكها، وإن اختلفا في حكم يد صاحب اليد، فتعارضت البينتان بالملك لتنافي شهادتهما فخرج في تعارضهما ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاط البينتين، والرجوع إلى قول صاحب اليد.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين، والحكم بمن قرع منهما فإن قرعت بينة مدعي الوديعة، انتزعت من صاحب اليد ولا شيء عليه.

وإن قرعت بينة مدعي الإجارة، فإن كانت المدة باقية، أقرت في يد صاحب اليد إلى انقضاء مدتها، وأخذ بأجرتها، فإن انقضت مدتها انتزعت من يده، وأخذ بالأجرة.

والقول الثالث: استعمال البينتين، وجعل الدار بين المتنازعين نصفين، نصفها لمدعي الوديعة، ينتزعه من صاحب اليد ونصفها لمدعي الإجارة يقره على صاحب اليد إلى انقضاء المدة ويرجع عليه بنصف الأجرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئاً كَانَ فِي يَدَيِ المَيِّتِ حَلَفَ عَلَى عِلْمِهِ وَقَالَ فِي كِتَابِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَإِذَا اشْتَرَاهُ حَلَفَ عَلَى البَتِّ».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في مواضع، وذكرنا أن اليمين إذا توجهت

على الإنسان في فعل نفسه، كانت على القطع والبت، سواء كانت على إثبات أو نفي.

والإثبات أن يحلف والله إن هذا العبد لي إما بالشاهد واليمين، وإما بالرد بعد النكول.

وأما النفي، فإن حلف والله إنه لا حق لك في هذا العبد فإن أحلفه الحاكم، على العلم في الإثبات، فقال: والله إني أعلم أن هذا العبد لي وأعلم أن هذا العبد ليس هو بملك لك.

فقد أكدها، لأن إثبات العلم زيادة تأكيد، وإن أحلفه على العلم في النفي فقال: والله لا أعلم أن لك عليّ شيئاً ولا أعلم أن هذا العبد لك، لم تصح اليمين، لأنه على يقين وإحاطة فيما اختص بنفسه من إثبات، ونفي، فلم تصح يمينه في النفي، إلا بالقطع والبت، كما لا تصح يمينه في الإثبات، إلا بالقطع.

فأما إذا حلف في توجه الدعوى على غيره، كالوارث إذا ادعى على ميته دعوى، فأنكرها، فيمينه يمين نفي على فعل الغير، فيحلف على العلم دون القطع، لأنه لا طريق له إلى اليقين والإحاطة فيقول: والله لا أعلم أن لك عليّ شيئاً مما ادعيته، فإن أحلفه الحاكم على القطع والبت فقال، والله ما لك عليّ شيء مما ادعيته، كان تجاوزاً من الحاكم، وقد وقعت اليمين موقعها، لأنها أغلظ من اليمين المستحقة عليه، وهي تؤول به إلى العلم.

ولو ادعى شيئاً لميته، وتوجهت اليمين عليه، حلف على القطع والبتّ، كما لو ادّعاها في حق نفسه، لأنه لا يصح أن يدعيه إلا بعد إحاطة علمه به، فاستوى يمين الإثبات في فعله، وفعل غيره، واختلفت يمين النفي في فعله، وفعل غيره. وبالله التوفيق.

بَابُ الدَّعْوَى فِي المِيرَاثِ
مِنِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةِ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَلَكَ نَصْرَانِيٌّ وَلَهُ ابْنَانِ: مُسْلِمٌ وَنَصْرَانِيٌّ فَشَهِدَ مُسْلِمَانِ لِلْمُسْلِمِ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ مُسْلِماً وَلِلنَّصْرَانِيِّ مُسْلِمَانِ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ نَصْرَانِيًّا صَلَّى عَلَيْهِ فَمَنْ أَبْطَلَ البَيِّنَةَ الَّتِي لَا تَكُونُ إِلَّا بِأَنْ يُكَذِّبَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً جَعَلَ المِيرَاثَ لِلنَّصْرَانِيِّ وَمَنْ رَأَى الإِقْرَاعَ أَقْرَعَ فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ كَانَ المِيرَاثُ لَهُ وَمَنْ رَأَى أَنْ يُقَسِّمَ إِذَا تَكَافَأَتْ بَيِّنَتَاهُمَا جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا صَلَّى عَلَيْهِ بِالإِشْكَالِ كَمَا يُصَلِّي عَلَيْهِ لَوِ اخْتَلَطَ بِمُسْلِمِينَ مَوْتَى (قَالَ المُزَنِيُّ) أَشْبَهُ بِالحَقِّ عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَصْلُ دِينِهِ النَّصْرَانِيَّةِ فَاللَّذَانِ شَهِدَا بِالإِسْلَامِ أَوْلَى لأَنَّهُمَا عَلِمَا إِيْمَاناً حَدَثَ خَفِيَ عَلَى الآخَرِيْنَ وَإِنْ لَمْ يَدْرِ مَا أَصْلُ دِينِهِ وَالمِيرَاثُ فِي أَيْدِيهِمَا فَبَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ رَمَى أَحَدُهُمَا طَائِراً ثُمَّ رَمَاهُ الثَّانِي فَلَمْ يَدْرِ أَبْلَغَ بِهِ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُمْتَنِعاً أَوْ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ جَعَلْنَاهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وتفصيل هذه المسألة في اختلاف الاثنين في دين الأب، أنها على ضربين:

أحدهما: أن يعرف دين الأب.

والثاني: أن لا يعرف. فإن عرف دين الأب أنه نصراني فترك ابنين مسلماً ونصرانياً، وادعى المسلم أن أباه مات مسلماً، فهو أحق بميراثه، وشهد له بذلك شاهدان عدلان.

وادعى النصراني أن أباه مات نصرانياً، وهو أحق بميراثه، وشهد له بذلك شاهدان عدلان فقد اختلفت الشهادتان واختلافهما إذا أمكن فيه القضاء فلم يتعارضا، فإذا علم فيه التكاذب تعارضتا، ولا يخلو حال هاتين الشهادتين من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون مطلقتين.

والثاني: أن تكونا مقيدتين.

والثالث: أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة، وبالنصرانية مقيدة.

والرابع: أن تكون الشهادة بالإسلام مقيدة، وبالنصرانية مطلقة.

فأما القسم الأول: وهو أن تكون الشهادتان مطلقتين، فهو أن يقول شهود المسلم: إن أباه مسلم ويقول شهود النصراني إن أباه نصراني. فالتصادق في هذا الاختلاف ممكن، لأنه قد يكون نصرانياً فيسلم، ويكون مسلماً فيتنصّر، فتكون كل واحدة من الشهادتين صادقة، فإذا كان كذلك فلا تعارض فيها وحكم بشهادة الإسلام، لأنها أزيد علماً، لأن نصرانيته أصل، وإسلامه حادث، فصار كالشهادة بجرح والتعديل يحكم بالجرح على التعديل، ويجعل المسلم وارثاً دون النصراني.

فصل: وأما القسم الثاني: فهو أن تكون الشهادتان مقيدتين، فهو أن يقول شهود المسلم، إن أباه مات على دين الإسلام قائلاً بالشهادتين عند خروج روحه.

ويقول شهود النصراني إن أباه مات على دين النصرانية، قائلاً بالتثليث عند خروج روحه.

فهذا تعارض في شهادتهما، لتكاذبهما باستحالة أن يموت مسلماً نصرانياً وللشافعي في تعارض الشهادتين في الأموال ثلاثة أقاويل ذكرها في هذا الموضع:

أحدها: إسقاط البينتين بالتعارض، لتكاذبهما فيكون الميراث للنصراني دون المسلم استصحاباً لأصل دينه في النصرانية بعد أن يحلف المسلم بالله أن أباه لم يسلم.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين، والحكم بالقارعة منها لأن في القرعة تمييزاً لما اشتبه، وهل يحتاج من قرعت بينته إلى يمين في استحقاق الميراث؟ على قولين من اختلاف قوليه في القرعة هل ترجح بها الدعوى أو البينة، فإن قرعت بينة المسلم كان هو الوارث وإن قرعت بينة النصراني كان هو الوارث.

والقول الثالث: استعمال البينتين وجعل التركة بينهما نصفين، فاختلف أصحابنا في صحة تخريج هذا القول في الميراث كتخريجه في الأموال على وجهين:

أحدهما: وهو قول المزني، وطائفة معه أن تخريجه في هذا الموضع صحيح استشهاداً بذكر الشافعي له، واحتجاجاً من قوله «بأن رجلين لو رميا طائراً، فسقط ميتاً، ولم يعلم أيهما أثبته برميه أنه بينهما نصفين، وإن كان إثباته من أحدهما. كذلك الميراث».

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وطائفة معه أن تخريجه لا يصح في هذا الموضع، لاستحالة أن يشترك مسلم ونصراني في ميراث ميت، لأنه إن مات نصرانياً ورثه النصراني دون المسلم، وإن مات مسلماً ورثه المسلم دون النصراني،

فإذا قسم بينهما علمنا قطعاً أن أحدهما قد أعطى ما لا يستحقه، ومنع الاخر مما يستحقه وإن لم يتعين وليس كالمال الذي يصح اشتراكهما في سببه، فيشتركان في تملكه.

وكذلك الطائر إذا رمياه، جاز أن يكون تكامل إثباته برميهما فصح فيه اشتراكهما، وجعل ما نص عليه الشافعي هاهنا في أحد الأقاويل من قسمة بينهما أنه حكاه عن مذهب من يراه، وهو مذهب من قال من أهل العراق بتوريث الغرقى بعضهم من بعض، ولم يحكه عن نفسه، لأنه لا يرى ذلك في الغرقى وقد تكلم على ضعفه، ووهائه، فقال: لو قسمت كنت لم أقض لواحد منهما بدعواه، ولا ببينته وكنت على يقين خطأ، ينقص من هو له عن كمال حقه، وإعطاء الآخر ما ليس له.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة، وبالنصرانية مقيدة، وهو أن يقول شهود المسلم أن أباه مسلم، ويقول شهود النصراني، إن أباه مات على دين النصرانية، قائلاً بالتثليث عند خروج روحه، فلا تعارض في الشهادتين لأنه قد يسلم، ثم يرتد بعد إسلامه إلى النصرانية، فتصح الشهادتان، ويحكم بارتداده بعد الإسلام، فلا يرثه واحد من ابنيه ويكون ماله فيئاً لبيت المال، لأن المرتد لا يرثه مسلم ولا نصراني.

فصل: وأما القسم الرابع: أن تكون الشهادة بالإسلام مقيدة، وبالنصرانية مطلقة فيقول شهود المسلم إن أباه مات على دين الإسلام قائلاً بالشهادتين عند خروج روحه، ويقول شهود النصراني إن أباه نصراني فلا تعارض في شهادتهما لحدوث إسلامه بعد نصرانيته، فيكون ميراثه للمسلم دون النصراني. فأما إذا كانت شهادتهما على ما ذكر في مسألة الكتاب إن شهد شهود المسلم أن أباه مات مسلماً وشهد شهود النصراني أن أباه مات نصرانياً، فقد اختلف أصحابنا هل تحمل هذه الشهادة على التقييد، أو على الإطلاق؟ على وجهين:

أحدهما: أنها محمولة على التقييد، لأن كل واحدة منهما شهدت بدينه عند الموت.

فعلى هذا تكون الشهادتان متعارضتين. فتكون محمولة على الأقاويل المذكورة في القسم الثاني.

والوجه الثاني: أنها محمولة على الإطلاق، لأنهما استصحبا ما تقدم من حاله، ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه.

فعلى هذا لا تعارض في الشهادتين ويكون الميراث للمسلم على ما ذكرناه في القسم الأول، تعليلاً بما قدمناه.

فصل: **وأما الضرب الثاني:** في التفصيل، وهو أن يكون الأب مجهول الدين فيشهد شاهدان بإسلامه، ويشهد شاهدان بنصرانيته، فيستوي مع الجهل بدينه إطلاق الشهادتين، وتقييدهما في التعارض، وإن كانتا في التقييد متكاذبتين ويجوز أن يكونا في الإطلاق صادقتين لكن الجهل بدينه، يمنع من الحكم بإحداهما مع التصادق فجرى عليهما حكم المعارضة في التكاذب، فيحمل على الأقاويل في تعارض البينتين، **أحدهما:** إسقاط البينتين ويردان إلى دعوى بغير بينة.

والثاني: الإقراع بينهما، والحكم بالقارعة منهما وفي إحلاف من قرعت بينته قولان:

والقول الثالث: المختلف في تخريجه استعمال البينتين، وقسم الميراث بينهما بالبينة نصفين.

فعلى قول المزني، ومن تابعه، يقسم بينهما بالبينتين إرثاً، ويفصل بها الحكم بينهما.

وعلى قول أبي إسحاق المروزي لا يصح استعمالها، ليقين الخطأ في الجمع بينهما، ويسقطان عند استحالة الحكم بهما، وإذا سقطت البينتان، ودين الميت مجهول، ففي التركة ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول المزني أنها تقسم بينهما ملكاً بالتحالف دون البينة لتكافئهما فيه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، أنها تقسم بينهما بدءاً، وتقرمعهما أمانة يمنعان من التصرف فيها، حتى يبين مستحقها منها أو يصطلحا عليها كالميت عن زوجتين، إحداهما مطلقة قد أشكلت.

والوجه الثالث: ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق المروزي أنها تقر من كانت في يده قبل التنازع، والتحالف، فإن كانت في أيديهما أو في يد أحدهما، أو في يد أجنبي، أقرّت على حالها كما كانت إقرار يد وأمانة، من غير قسمة.

ووهم أبو حامد الإسفراييني فأقرها في يده ملكاً.

وهذا خطأ، لأن سبب استحقاقها متعين بالميراث، فلم يجز أن تكون لليد في تملكها تأثير، وقد يكون في يد أجنبي، لا يدعي ميراثها، فكيف يجوز أن تجعل ملكاً له.

فصل: فأما حكم الميت فمذهب الشافعي أنه يصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين على الأحوال كلها ما لم يحكم بردته، لأن أمره مشتبه، فجرى مجرى جماعة ماتوا، وفيهم كافر قد أشكل. فلم يتعين فإنه يصلى على جميعهم، ويدفنوا في مقابر المسلمين، وقال أبو حنيفة: لا يصلى عليه على الأحوال كلها إلا بعد العلم بإسلامه، وليس هذا بصحيح لما استشهد بأنه من الجماعة الموتى، إذا علم أن فيهم كافراً قد أشكل فإن الصلاة على جميعهم وفاق، لأن الإسلام يستظهر له، ولا يستظهر عليه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالمَسْأَلَةُ عَلَى حَالِهَا فَادَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ المُدَّعِيَيْنِ أَنَّهُ وَرِثَهَا مِنْ أَبِيهِ فَمَنْ أَبْطَلَ البَيِّنَةَ تَرَكَهَا فِي يَدَيْ صَاحِبِهَا وَمَنْ رَأَى الإِقْرَاعَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا أَوْ يَجْعَلَهَا بَيْنَهُمَا مَعاً وَيُدْخِلُ عَلَيْهِ شَنَاعَةً وَأَجَابَ بِهَذَا الجَوَابِ فِيمَا يُمْكِنُ فِيهِ البَيِّنَتَانِ أَنْ تَكُونَا صَادِقَتَيْنِ فِي مَوَاضِعَ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ فِي مِثْلِ هَذَا لَوْ قَسَمْتُهُ بَيْنَهُمَا كُنْتُ لَمْ أَقْضِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِدَعْوَاهُ وَلاَ بِبَيِّنَتِهِ وَكُنْتُ عَلَى يَقِينِ خَطإٍ بِنَقْصِ مَنْ هُوَ لَهُ عَنْ كَمَالِ حَقِّهِ أَوْ بِإِعْطَاءِ الآخَرِ مَا لَيْسَ لَهُ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ أَبْطَلَ الشَّافِعِيُّ القُرْعَةَ فِي امْرَأَتَيْنِ مُطَلَّقَةٍ وَزَوْجَةٍ وَأَوْقَفَ المِيرَاثَ حَتَّى يَصْطَلِحَا وَأَبْطَلَ فِي ابْنَي أَمَتِهِ اللَّذَيْنِ أَقَرَّ أَنَّ أَحَدَهُمَا ابْنُهُ القُرْعَةَ فِي النَّسَبِ وَالمِيرَاثِ فَلاَ يُشْبِهُ قَوْلُهُ فِي مِثْلِ هَذَا القُرْعَةَ وَقَدْ قَطَعَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي امْرَأَةٍ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ أَنَّهُ أَصْدَقَهَا هَذِهِ وَقَبَضَتْهَا وَأَقَامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَقَبَضَهَا قَالَ: أُبْطِلُ البَيِّنَتَيْنِ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ هَذَا أَوْ القُرْعَةُ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا لَفْظُهُ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ القُرْعَةَ لاَ تُشْبِهُ قَوْلُهُ فِي الأَمْوَالِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَدْ قَالَ الحكم فِي الثَّوْبِ لاَ يُنْسَجُ إِلاَّ مَرَّةً وَالثَّوْبُ الخَزُّ يُنْسَجُ مَرَّتَيْنِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى أنها المسألة الأولى أعادها لغرض زاده فيها، لأنه قال: «ولو كانت دار والمسألة بحالها، فادعاها كل واحد من هذين»، فإذا تداعى الابنان المسلم والنصراني، في ميراث دار عن أبيهما، والدار في يدي رجل غير أبيهما، وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الدار ورثها عن أبيه لموافقته على دينه، فلا يخلو حال هاتين البينتين من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحكم بإحداهما لأحدهما فتنتزع بها الدار من يد صاحب اليد، وتدفع إلى مستحق ميراث الأب، لقيام البينة بملكها للأب.

والقسم الثاني: أن يحكم بها، ويجعل الميراث يليها على ما ذكرنا من التفصيل المختلف فيه، فتنتزع بها الدار من صاحب اليد، وتدفع إلى الابنين بالإرث.

والقسم الثالث: أن تسقط البينتان، ولا يحكم بواحدة منهما فتكون الدار مقرة في يد صاحب اليد ملكاً.

فإن قيل: فهلا انتزعت من يده، وأزيلت عن ملكه، لاجتماع البينتين على أنها للميت دونه قيل: لأنه لما لم يكن فيهما بيان لمستحقها من أحد الابنين، سقط الحكم بهما في الدار، كما سقط الحكم بهما لأحد الابنين، وصارا كشاهدين شهدا على دار في يدي رجل، أنها لأحد هذين الرجلين وجب إقرارها في يده، وإن شهدت البينة عليه بعدم ملكه، لأن الشهادة لم تعين مستحقها، فبطلت كذلك في مسألتنا.

فصل: وذهب آخرون من أصحابنا إلى أنها مصورة في مسألة مستأنفة أن تكون الدار في يدي رجل فيدعيها اثنان ليسا بأخوين. فيقول كل واحد منهما، هذه الدار لأبي ورثتها منه، وينكره الآخر ويدعيها لأبيه، ورثها عنه، ويقيم كل واحد منهما بينة على ما ادعاه فقد تعارضت البينتان، وتكاذبتا لاستحالة أن تكون كل الدار لكل واحد من أبويهما، فتكون على ثلاثة أقاويل كتعارض البينتين في الأموال:

أحدها: وترجع إلى صاحب اليد فإن صدق أحدهما دفعها إليه وفي وجوب اليمين عليه، للمكذب قولان:

أحدهما: لا يمين عليه، إذا قيل: إنه لو أقر لم يغرم.

والثاني: عليه اليمين إذا قيل: إنه لو أقر غرم، وإن صدقها دفع الدار إليهما، وهل يحلف لكل واحد منهما على قولين. وإن كذبهما وادعاها لنفسه، حلف لهما، وأقرت الدار على ملكه، ولا يكون قيام البينة بملكها لكل واحد من الأبوين موجباً لزوال ملكه ورفع يده، لما ذكرنا من اشتباه مستحقها.

والقول الثاني: في الأصل الإقراع بين البينتين والحكم بها لمن قرع منهما، وفي إحلافه مع القرعة، قولان ولا تنتزع الدار إلا بعد القرعة، لأن بالقرعة تمتاز البينة المستحقة فإن جعلت اليمين بعد القرعة شرطاً في الاستحقاق لم تنتزع إلا بعد يمينه، وإن لم تجعل شرطاً انتزعت بغير يمين.

والقول الثالث: استعمال البينتين، وقسم الدار بينهما نصفين، وهذا متفق على تخريجه في هذا الموضع، وإن اختلف في تخريجه في المسألة المتقدمة، لأنه لا يستحيل أن تكون الدار مشتركة بين أبويهما، فجاز أن تقسم بينهما كسائر الأموال التي يجوز فيها الاشتراك، ولا يستحيل بخلاف الميراث المستحق عن شخص يستحيل أن يموت مسلماً كافراً.

فصل: وأما المزني فإن كلامه يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: بيان ما هو الأصح على مذهب الشافعي في تعارض البينتين، وأن الذي يقتضيه كلامه إسقاطهما، والعمل بما يوجبه مجرد الدعوى واليد، لأنه قد أبطل القسمة بقوله، أن استعمالهما في القسمة منع ليقين الخطأ في إعطاء أحدها أقل من حقه، وإعطاء الآخر ما ليس بحقه ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه شنع مع القطع بتكاذب البينتين وليس بشنع في جواز تصادقهما، فتبطل القسمة في التكاذب ولا تبطل مع جواز التصادق.

والجواب الثاني: أنه شنع في الباطن، لامتناعه وليس بشنع في الظاهر لأننا نبطل السبب المتضاد، ونحكم بالبينة في المال، وقد قال النبي ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ». فمن ثم أبطل المزني الإقراع بينهما لأن الشافعي قال فيمن مات عن زوجة مطلقة، قد اشتبهت أنه لا قرعة بينهما. فكذلك بأن مثله في إبطال القرعة في البينتين، ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه أبطل القرعة في الزوجتين والولدين، لأنه قد رجع في الزوجتين إلى بيان الورثة، وفي الولدين إلى بيان اتفاقه ولا يؤخذ بمثل ذلك في البينتين.

والثاني: أن دخول القرعة في الزوجتين والولدين تكون في أصل الدعوى التي لم يرد بها شرع، وفي البينتين فيما ورد بمثله الشرع.

والفصل الثاني: أن اختار المزني لنفسه استعمال البينتين وقسم الملك بينهما نصفين، لتكافئهما وأن لا بيان يرجع إليه بعدهما فيما أمكن من صدقهما، أو قطع فيه بتكاذبهما، واستشهد بأن الشافعي قال في المتنازعين لثوب أقام كل واحد منهما البينة أنه له نسجه في ملكه إن سوى بين ما لا ينتج إلا مرة، كالقطن والكتان، الذي يقطع فيه بتكاذب البينتين، وبين ما يجوز أن ينسج مرتين كالخز، والديباج، الذي يمكن فيه التصادق، ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه لا حجة أن يحتج لمذهبه بمذهب غيره، وإنما يحتج لمذهبه بأمارات الأدلة.

والثاني: أن قصد الشافعي في هذه المسألة من سماع الداخل فيما يتكرر نتجه، ولا يتكرر رداً على أبي حنيفة، في فرقه بينهما بسماع البينة فيما يتكرر نسجه وردها فيما لا يتكرر.

والفصل الثالث: أن أورد عن الشافعي مسألة فيمن مات عن دار ادَّعت زوجته أنه أصدقها، وادعى أجنبي أنه ابتاعها. وأن الشافعي قال: «ليس إلا إسقاط البينتين، أو القرعة» وقد أبطل القرعة، فثبت إسقاط البينتين وإسقاط القرعة فدل على وجوب القسم ولأصحابنا عن هذا جوابان:

أحدهما: أن المزني يبني هذا على أصل لم يخالف فيه، وهو أن الشافعي إذا نص على قولين ثم عمل بأحدهما، أنه يكون إبطالاً للقول الآخر.

وعند غيره من أصحابنا أنه لا يكون استعماله إبطالاً للآخر، وإنما يكون ترجيحاً له على الآخر.

والجواب الثاني: أن هذه المسألة محمولة على أهل مذهبه في نظائرها، وهو أن ينظر في البينتين، فإن تقدمت إحداهما على الأخرى حكم بالمتقدمة على المتأخرة، سواء كانت بينة الصداق، أو بينة الابتياع، لفساد الثاني بعد الأول، وإن أشكل كانت على الأقاويل الثلاثة في إسقاطها في أحدهما. والإقراع بينهما في الثاني، واستعمالها في الثالث، وجعل نصف الدار صداقاً، ونصفها ابتياعاً، فلم يسلم له دليل ولا صح له استشهاد. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَارٌ فِي يَدَيْ أَخَوَيْنِ مُسْلِمِين فَأَقَرَّا أَنَّ أَبَاهُمَا هَلَكَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثاً فَقَالَ أَحَدُهُمَا كُنْتُ مُسْلِماً وَكَانَ أَبِي مُسْلِماً وَقَالَ الآخَرُ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِ أَبِي فَهِيَ لِلَّذِي اجْتَمَعَا عَلَى إِسْلاَمِهِ وَالآخَرُ مُقِرٌّ بِالكُفْرِ مُدَّعٍ الإِسْلاَمِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل مات مسلماً، وترك ابنين أحدهما متفق على إسلامه قبل موت أبيه، واختلفا في إسلام الآخر فقال الآخر: أسلمت أنا قبل موت أبي. فالتركة بيننا.

وقال المسلم: بل أسلمت أنت بعد موت أبي فالتركة دونك، والبينة معدومة، فلا يقبل قول من ادعى تقدم إسلامه إذا أنكره أخوه لأننا على يقين من حدوث إسلامه، وفي شك من تقدمه فكان القول فيه قول أخيه، الذي أنكر تقدم إسلامه، لأنه يستصحب فيه استدامة أصل متحقق، بعد أن يحلف الآخر لجواز أن يكون الأخ صادقاً في دعواه، ويمينه على العلم دون القطع بالله، أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه لأنها يمين نفي على فعل غيره.

وهكذا لو مات حر وترك ابنين، أحدهما متفق على حريته قبل موت أبيه والآخر مختلف فيه فادعى تقدم عتقه قبل موت أبيه، ليكونا شريكين في ميراثه، وادعى الحر أن أخاه أعتق بعد موت الأب، فهو أحق بجميع الميراث، كان القول مع عدم البينة. قول الحر مع يمينه، بالله أنه لا يعلم أن أخاه أعتق قبل موت أبيه، وهو أحق بجميع الميراث بعد يمينه، لأنه يستصحب أصل رق معلوم، لم يدع تقدم هذا إذا كان موت

الأب متفقاً على موته، والاختلاف في وقت إسلام الابن، أو عتقه، فأما إذا اتفقا على وقت إسلام الابن، أو عتقه، والخلاف في وقت موت الأب.

فقال الابن أسلمت أنا، أو أعتقت في شهر رمضان، ومات أبي في شوال فنحن شريكان في ملكه.

وقال الآخر: صدقت أنك أسلمت في شهر رمضان، ولكن مات أبونا في شعبان.

فالقول قول الأخ الذي ادعى حدوث موت الأب في شوال، دون من ادعى تقدم موت الأب في شعبان.

ويكونان شريكين في الميراث لأنه استصحب استدامة أصل معلوم، هو بقاء الحياة حتى يعلم تقدم الموت.

فإن قيل: فقد خالفت هذا الأصل في الجناية على الملفوف إذا ادعى وليه أنه كان حياً وقت الجناية وادعى الجاني أنه كان ميتاً، جعلتم القول قول الجاني في أحد القولين، وأسقطتم قول وليه، في استصحاب أصل الحياة؟

قيل: بينهما في أحد القولين فرق وإن سويا بينهما في القول الثاني: أنه قد تقابل في الحياة على الملفوف أصلان:

أحدهما: استصحاب حياة الملفوف.

والثاني: استصحاب براءة ذمة الجاني، فجاز أن يغلب في أحد القولين براءة ذمة الجاني، وجاز أن يغلب في القول الثاني بقاء حياة المجني عليه، فلذلك كانت على قولين.

وليس في دعوى موت الأب، إلا استصحاب أصل واحد هو استدامة حياته ولا يقابله أصل يعارضه، فلذلك كان على قول واحد في استصحاب الحياة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ امْرَأَةُ المَيِّتِ وَهِيَ مُسْلِمَةٌ زَوْجِيَ مُسْلِمٌ وَقَالَ وَلَدُهُ وَهُمْ كُفَّارٌ بَلْ كَافِرٌ وَقَالَ أَخُو الزَّوْجِ وَهُوَ مُسْلِمٌ بَلْ مُسْلِمٌ فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ فَالمِيرَاثُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يُعْرَفَ إِسْلاَمُهُ مِنْ كُفْرِهِ بِبَيِّنَةٍ تَقُومُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في ميت مجهول الدين، ترك زوجة وأخاً مسلمين، وابناً كافراً، فادعت الزوجة، والأخ أنه مات مسلماً فالميراث لهما، وادعى الابن أنه مات كافراً فالميراث له.

فإن عدمت البينة. كان ميراثه موقوفاً، حتى يتبين أمره، فيعمل على البيان، أو يتصادقوا عليه فيعمل على التصادق، أو يصطلحوا عليه، فيجاز الصلح فإن وجدت البينة فإن تفرد بها أحد الفريقين من مدعي إسلامه، أو كفره، عمل عليها. فإن شهدت بإسلامه، كان ميراثه لزوجته، وأخيه المسلمين، وإن شهدت بكفره كان ميراثه لابنه الكافر، وإن تعارضت فيه بينتان. شهدت إحداهما بكفره، وشهدت الأخرى، بإسلامه، كان على ما قدمناه من اعتبار الشهادتين، وهي تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتقيد الشهادتان على مضادة يتكاذبان فيها.

والثاني: أن تتقيد على تصادق لا تكاذب فيه.

والثالث: أن يكونا مطلقين.

فأما القسم الأول: إذا كانتا مقيدتين على مضادة يكونان فيها متكاذبين، بأن تشهد إحداهما، أنه مات على كلمة الإسلام، وتشهد الأخرى أنه مات على كلمة الكفر، فهو على قولين وثالث مختلف فيه:

أحدها: إسقاطهما ويكون الأمر موقوفاً على بيان، أو إصلاح.

والقول الثاني: الإقراع بينهما، والحكم لمن قرع منهما.

والثالث المختلف فيه: استعمالهما. فمن أصحابنا من بناه على الاختلاف المتقدم من الوجهين، والذي عليه الجمهور، أنه لا يصح تخريج هذا القول هاهنا وجهاً واحداً، وإن جاز تخريجه في الوجهين، لأن الابنين فيما تقدم شريكان والأخ والابن هاهنا متدافعان، فصح الاشتراك هناك وبطل هاهنا.

وأما القسم الثاني: وهو أن تتقيد الشهادتان، بغير مضادة يتكاذبان فيها فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد إحداهما، أنه كان كافراً في رجب، وتشهد الأخرى أنه كان مسلماً في شعبان، فيحكم بالشهادة على إسلامه لحدوثه بعد كفره ويكون ميراثه لزوجته، وأخيه المسلمين.

والضرب الثاني: أن تشهد إحداهما أنه كان مسلماً في رجب، وتشهد الأخرى أنه كان كافراً في شعبان، فيحكم بالشهادة على كفره بعد إسلامه، فيحكم بردته، ولا يرثه أحد الفريقين من ورثته، ويكون ميراثه لبيت المال.

وأما القسم الثالث: أن تكون الشهادتان مطلقتين بأن تشهد إحداهما أنه كان مسلماً وتشهد الأخرى أنه كان كافراً من غير تقييد لوقت إسلامه، ووقت كفره، فقد

تعارضتا. ويكون على ما قدمناه من الأقاويل في القسم الأول، لأنه لأحدهما على الآخر إذ ليس له في أحد الدينين أصل يترجح به.

فصل: وإذا هلك مجهول الدين، وترك أبوين كافرين، وابنين مسلمين فادعى أبواه أنه مات كافراً، وادعى الابنان أنه مات مسلماً ولا بَيِّنَةَ لأحدهما، ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن القول فيه قول الأبوين الكافرين مع أيمانهما لأن كفره قبل بلوغه معلوم بكفرهما، فلم يقبل دعوى الابنين في حدوث إسلامه، لأن الأصل استصحاب كفره.

والوجه الثاني: يكون ميراثه موقوفاً لتساوي الحالين بعد بلوغه في إسلامه، وكفره، لأن ما قبل بلوغه هو فيه تبع لا يتحقق إلا بعد بلوغه، ولو كان أبواه مسلمين، وابناه كافرين.

فإن لم يعلم للأبوين كفر قبل الإسلام، حكم بإسلام ولديهما، ولا يمين عليهما، وكانا أحق بميراثه من ابنيه، وإن علم تكفر الأبوين قبل الإسلام، فيجوز أن يولد قبل إسلامهما فيجري عليه حكم الكفر قبل البلوغ، ويجوز أن يولد بعد إسلامهما فيكون مسلماً قبل البلوغ فهما على ضربين:

أحدهما: أن يكون النزاع في زمان ولادته، فيدعي والداه أنه ولد بعد إسلامهما، ويدعي ابناه أنه ولد قبل إسلامهما، فالقول فيه قول الأبوين مع أيمانهما في إسلامه، لأننا على يقين من حدوث ولادتهم، وفي شك من تقدمها.

وإن كان النزاع في إسلام الأبوين، فيدعي أبواه أنهما أسلما قبل ولادته، ويدعي ابناه أنهما أسلما بعد ولادته، فالقول قول الابنين في إسلام الأبوين بعد الولادة مع أيمانهما لأننا على يقين من حدوث إسلامهما وفي شك من تقدمه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّ أَبَاهُ هَلَكَ وَتَرَكَ هَذِهِ الدَّارَ مِيرَاثاً لَهُ وَلأَخِيهِ أَخْرَجْتُهَا مِنْ يَدَي مَنْ هِيَ فِي يَدَيْهِ وَأَعْطَيْتُهُ مِنْهَا نَصِيبَهُ وَأَخْرَجْتُ نَصِيبَ الغَائِبِ وَأُكْرِي لَهُ حَتَّى يَحْضُرَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى داراً في يد رجل أنها لأبيه مات عنها وورثها هو وأخوه، وأقام على ذلك بينة كاملة، وكمالها أن يشهد له بثلاثة أشياء:

أحدها: أن يشهد بالدار لأبيه.

والثاني: أن يشهد بموت أبيه، وأنه ورثه هو وأخوه.

والثالث: أن لا وارث له غيرهما على ما سنصف فتكمل البينة إذا شهدت بهذه الثلاثة، وبكمالها يوجب انتزاع الدار ممن هي في يده، ويدفع إلى الحاضر حقه منهما وهو النصف وتوقف حصة الغائب، وهي النصف على قدومه، واعترافه وتؤخر حصته حفظاً لمنافعها عليه، ولا تقر حصة الغائب في يدي من كانت في يديه، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: تقر حصته في يدي من كانت في يده، ولا تنتزع منه، لأن البينة لا تسمع بملك إلا بعد صحة الدعوى. والدعوى لا تسمع إلا من مالك، أو وكيل فيه، ولم يدع حصة الغائب مالك ولا وكيل فلم تسمع البينة له، وليس كون الحاضر شريكاً له في الميراث بموجب لسماع البينة في حقهما، كالشريكين الأجنبيين، إذا أقام أحدهما البينة بدار في شركتها انتزع بها حق الحاضر، وأقر حق الغائب في يدي من كانت في يديه، كذلك يجب أن يكون في شركة الميراث.

ودليلنا: هو أن هذه الدعوى هي للميت، سمعت من وراثه، لقيامه مقامه فيها بعد موته بدليل أنه لو كان على أبيه دين قضى منها فوجب انتزاعها في حق الميت، وإعطاء الحاضر حصته منها، ووقف الباقي على الغائب، وخالف الشريكين الأجنبيين من وجهين:

أحدهما: أن الشريك مالك بنفسه لا عن غيره، فكانت الدعوى في حقه موقوفة عليه، والابن مدعٍ لها عن أبيه الذي لا تصح منه الدعوى، إلا بعد موته، فجاز أن يستوفي بها جميع حقه.

والثاني: أن حق كل واحد من الأخوين، مرتبط بحق الآخر لا يتميز أحدهما بشيء، دون صاحبه، لذلك كان ما تلف من الشركة تالفاً منها، وما بقي شركة بينهما، وحق الشريكين كالمتميز مع الخلطة، يجوز أن يتلف لأحدهما ما يسلم للآخر، فافترق بهذين حكم الأخوين، وحكم الشريكين، وإذا كان كذلك، وقدم الآخر الغائب ذكر له الحاكم، ما حكم له بميراثه من نصف الدار، فإن ادعاها سلّم إليه نصفها وإن أنكرها وقال: لا حق لي فيها، رد النصف على من في يده، ولم يؤثر إنكاره في حق أخيه، لأنه قد ملك بينة عادلة.

فصل: فأما إذا ما ادعاه الابن، وأقام عليه البينة ديناً في الذمة سلم إليه حقه منه، وهو النصف، وفي قبض حصة الغائب من الغريم وجهان:

أحدهما: يقبض ويوضع على يد أمين كما تقبض الأعيان من الدار، وما لا يثبت في الذمة من ثياب وحيوان.

والوجه الثاني: لا يقبض الدين، وإن وجب قبض الأعيان ويستبقى في ذمة الغريم بخلاف المُعَيَّن، لأن قبضه للغائب معتبر بالأحوط، واستبقاؤه في ذمة مضمونة أولى من قبضه بتركه أمانة إلا أن يكون الدين على غير ملي، فيقبض وجهاً واحداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَدَهُمْ وَقَفَ مَالَهُ وَتَلَوَّمَ بِهِ وَيَسْأَلُ عَنِ البُلْدَانِ الَّتِي وَطِئَهَا هَلْ لَهُ فِيهَا وَلَدٌ؟ فَإِذَا بَلَغَ الغَايَةَ الَّتِي لَوْ كَانَ لَهُ فِيهَا وَلَدٌ لَعَرَفَهُ وَادَّعَى الابنُ أَنَّ لاَ وَارِثَ لَهُ غَيْرَهُ أَعْطَاهُ المَالَ بِالضَّمِينَ وَحُكِيَ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ لَهُ إِلاَّ أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ لَهُ وَارِثاً غَيْرَهُ فَإِذَا جَاءَ وَارِثٌ غَيْرُهُ آخُذُ الضُّمَنَاءَ بِحَقِّهِ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في البينة الكاملة إذا أقامها الابن الحاضر ووجوب الحكم بها للحاضر والغائب. فأما البينة الناقصة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد بالدار للميت، ولا تشهد للحاضر بالبنوة، فلا يتعلق بهذه الشهادة حق للحاضر، ولا للغائب، وتكون الدار مقرة في يدي من هي في يده، لأن دعواها لم تسمع من مستحق لها فلم يكن لبينته تأثير، حتى يقيم البينة على ثبوت نسبه.

فإذا أقامها وثبت نسبه بها، استغنى عن إعادة الدعوى والبينة، وإن كانا قبل ثبوت النسب، لأن ما قدمه من الدعوى قد تضمنت الدار والنسب على وجه صح به سماعها ولو شهدت بينته الأولى بالدار والنسب، حكم له بها كذلك، إذا شهدت الأولى بالدار، وشهدت الثانية بالنسب حكم بهما.

ولو استأنف الدعوى، وأعاد البينة كان أولى.

والضرب الثاني: أن تشهد البينة بالدار للميت، وتشهد للحاضر بالبنوة، ولا تشهد أن لا وارث له غيره، فقد قامت البينة بهما وكان مالكاً لنصيب مجهول من الدار، لا يعلم قدره. وله حالتان:

إحداهما: أن يقدر على إقامة بينة بأن لا وارث له غيره.

الثانية: أن يعجز.

فإن قدر على إقامتها، وشهدت بينة عادلة، بأن لا وارث غيره نظر في البينة. فإن كانت من أهل المعرفة الباطنة بالميت، على قديم الوقت وحدوثه في حضره وسفره سمعت، وحكم له بالميراث، ولم يطالب بضمين، لأنه قد أقام بينة إن لم يعمل بموجبها، أعملت.

وإن كانت من أهل المعرفة الظاهرة دون الباطنة لم تصح شهادتهم، بأن لا وارث

غيره، لأنه قد يجوز أن يكون له في الباطن ولد، لا يعلمون به فلم يصلوا بمعروف الظاهر إلى معرفة ما قد يكون في الباطن، فلم يحكم به وصار كمن لم يقم بينة بأن لا وارث له غيره.

وإذا لم يقمها منع من حقه في الدار للجهل بمقداره، ولزم الحاكم أن يستكشف عن حال الميت في البلاد التي وطئها، ويكاتب حكامها بالمسألة عن حاله، هل خلف فيها ولداً أو وارثاً ويلزم به [فإنه] لا يخفى حال وارث له في مثله. فإن حضرته بينة جاز أن يسمعها الحاكم من غير دعوى، وعلى غير خصم، لأنها بينة على ما قد لزم من الكشف فكانت في حق نفسه لتقييد ما قد حكم به، والبينة تكون من أهل المعرفة الباطنة به أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، لأنها بينة على نفي فحملت على العلم دون القطع، فإن شهدوا أن لا وارث له غيره قبلوا وكانت شهادتهم محمولة على العلم، دون القطع، ودفع إليه الميراث بعد تمام الشهادة، من غير ضمين.

وإن لم يظهر للحاكم بينة، وبلغ زمان الإياس من الظفر بها، وأن يظهر ما لم يظهر دفع إليه المال، إن لم يقر بغيره، فإن أقر بأخ له غائب أعطاه نصف الدار والتركة، وكان نصفها موقوفاً على قدوم الغائب.

فأما مطالبة الحاضر بإقامة ضمين فيها، دفع إليه احتياطاً؛ لظهور شريك قد يكون له في الميراث حق، فقد قال الشافعي في هذا الموضوع ما يدل على وجوب الضمين وقال في كتاب الإقرار: ما يدل على استحبابه، فاختلف أصحابه فيه على أربعة مذاهب:

أحدها: أن خرّجوا اختلاف نصه في الموضعين على اختلاف قولين:

أحدهما: يجب ليكون نفوذ الحكم على الأحوط.

والقول الثاني: يستحب فلا تجب لأنها وثيقة لغير مطالب.

والوجه الثاني: إن كان هذا الوارث ممن لا يسقط بغيره كالابن لم يجب عليه إقامة ضمين، وإن كان ممن يسقط بغيره كالأخ[1]، وجب عليه إقامة ضمين.

والوجه الثالث: إن كان أميناً لم يجب عليه إقامة ضمين، وإن كان غير أمين، وجب عليه.

فإن قيل: لم قلتم تقسمون مال المفلس بين غرمائه بعد إشاعة أمره من غير ضمين مع جواز ظهور غريم.

(١) في د كالأم.

قيل: لوقوع الفرق بينهما، بأن حقوق الغرماء متحققة وحق هذا الوارث غير متحقق، فإذا دفع الحاكم المال إليه على ما وصفنا كتب قصته، وذكر فيها أن دفع المال إليه بعد الكشف الظاهر من غير حكم قاطع بأمر الاستحقاق ليكون إن ظهر له شريك في الميراث غير مدفوع بنفوذ الحكم عليه بإبطال حقه منه، لىمكن من المطالبة وإقامة البينة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الابْنِ أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ وَلاَ يَعْلَمُونَهُ فَارَقَهَا أَعْطَيْتُهَا رُبُعَ الثُّمَنِ لأَنَّ مِيرَاثَهَا مَحْدُودٌ لِلأَكْثَرِ وَالأَقَلِّ الثُّمُنُ وَرُبُعُ الثُّمُنِ وَمِيرَاثُ الابْنِ غَيْرُ مَحْدُودٍ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو مدعي الميراث، إذا أقام البينة بسبب ميراثه، وعدم البينة، بأن لا وارث له غيره من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن لا يسقط بحال كالابن، فيوقف أمره في الحال على الكشف، ولا يدفع إليه من التركة شيء، لأنه ليس له قدر متيقن، فإن لم يبن بعد كشف الحاكم وارث غيره، دفع إليه الميراث على ما قدمناه من حال الضمين.

والقسم الثاني: أن يكون ممن يجوز أن يرث في حال كالأخ، فيوقف أمره على الكشف، فإن لم يبن للحاكم بعد طول الكشف وارث سواه، ولم يقم البينة بأن لا وارث له سواه. فقد اختلف أصحابنا هل يجري مجرى الابن في دفع الميراث إليه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول جمهورهم: أنه يدفع إليه كالابن، لأن لم يعلم وارث غيره.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج أنه يكون موقوفاً على الأبد، حتى تقوم البينة بأن لا وارث له غيره بخلاف الابن، لوقوع الفرق بينهما بأن الابن وارث في الأحوال كلها بيقين، والأخ مشكوك فيه، هل هو وارث، أو غير وارث، فلم يجز أن يرث إلا بيقين، وهكذا حكم ابن الابن لجواز سقوطه بالابن.

والقسم الثالث: أن يكون ممن لا يسقط بحال، وله فرض مقدر كالأبوين، والزوجين، فيدفع إليه أقل فرضه، لأنه يستحقه بيقين ويوقف أكثره على الكشف، فإن كان أباً دفع إليه السدس معولاً.

وإن كانت أماً فكذلك يدفع السدس معولاً. وإن كان زوجاً، دفع إليه الربع معولاً، وإن كانت زوجة دفع إليها ربع الثمن معولاً، لجواز أن تكون واحدة من أربع

فإن لم يظهر بعد طول الكشف من يحجب هؤلاء عن أعلى الفرضين صار كالابن يدفع إليه باقي فرضه الأعلى بضمين على ما ذكرناه من الوجوه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا مَاتَتْ زَوْجَتُهُ وَابْنُهُ مِنْهَا فَقَالَ أَخُوهَا مَاتَ ابْنُهَا ثُمَّ مَاتَتْ فَلِي مِيرَاثِي مَعَ زَوْجِهَا وَقَالَ زَوْجُهَا بَلْ مَاتَتْ فَأُحْرِزُ أَنَا وَابْنِي المَالَ ثُمَّ مَاتَ ابْنِي فَالمَالُ لِي فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَخِ لأَنَّهُ وَارِثٌ لأُخْتِهِ وَعَلَى الَّذِي يَدَّعِي أَنَّهُ مَحْجُوبٌ البَيِّنَةُ وَعَلَى الأَخِ فِيمَا يَدَّعِي أَنَّ أُخْتَهُ وَرِثَتِ ابْنَهَا البَيِّنَةُ».

قال الماوردي: وصورتها في امرأة ذات زوج، وابن، وأخ، ماتت وابنها، واختلف زوجها، وأخوها فقال الأخ: مات ابنها قبلها فكان ميراثه بينك وبينها، ثم ماتت بعده، فكان ميراثها بيني وبينك، فلك ميراث زوج هو النصف، ولي معك ميراث أخ، هو النصف وقال الزوج: بل ماتت الزوجة قبل ابنها، فورثتها مع ابنها دونك ثم مات الابن، فورثته دونك.

فإن كان لواحد منهما بينة بما ادعاه، حكم بها، وإن عدمت البينة، كان تنازعهما في تقدم الموت، وتأخره معتبراً بالغرقى، والهدمى، فيقطع التوارث بين الميتين، ويجعل تركة كل واحد منهما للحي من ورثته فيجعل تركة الابن لأبيه، كأنه لا أم له، ويجعل تركة الأم بين زوجها، وأخيها، كأنه لا ابن لها، فيعطى زوجها النصف والنصف الباقي للأخ.

فإن قيل: فالزوج يدعي من تركتها مع الابن الربع، فلم أعطي النصف وهو لا يدعيه؟ قيل: هو وإن ادعى الربع بميراثه عنها، فقد ادعى باقيه بميراثه عن أبيه مع اختلاف السببين، فصار بإعطاء النصف مدفوعاً عن استحقاق الكل، فصار معطي بعض ما ادعى ولم يعط أكثر منه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ وَرِثَ هَذِهِ الأَمَةَ مِنْ أَبِيهِ وَأَقَامَتِ امْرَأَةٌ البَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا إِيَّاهَا فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ كَمَا يَبِيعُهَا وَلَمْ يَعْلَمْ شُهُودُ المِيرَاثِ».

قال الماوردي: وصورتها في أمة تنازعها ابن ميت، وزوجته، فقال الابن: هذه الأمة لي ورثتها معكِ عن أبي، وقالت الزوجة: هذه الأمة لي ملكتها عن أبيكَ بصداقي.

فإن عدمت البينة، فالقول قول الابن مع يمينه، لأنها على أصل ملك الأب، وموروثه عنه، ودعوى الزوجة لها صداقاً غير مقبولة، كما لو ادعتها ابتياعاً.

وإن أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه، فشهدت بينة الابن أن أباه خلفها ميراثاً، وشهدت بينة الزوجة أنه جعلها لها صداقاً، حُكِمَ للزوجة دون الابن، لأن بينتها أعلمت زيادة لم تعلمها بينة الابن فكان الحكم بالزيادة أولى، كما لو ادعت بالابتياع كانت بَيِّنَةُ الابتياع أولى من بينة الورثة.

ولأن الميت لو كان حياً فقامت عليه البينة في أمة يملكها أنه باعها، أو أصدقها قُضِي بها عليه، وإن أنكرها. والله أعلم.

بَابُ الدَّعْوَى فِي وَقْتٍ قَبْلَ وَقْتٍ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ العَبْدُ فِي يَدِ رَجُلٍ فَأَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ مُنْذُ سِنِينَ وَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ البينة أَنَّهُ لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ فَهُوَ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ وَلَمْ أَنْظُرْ إِلَى قَدِيمِ المِلْكِ وَحَدِيثِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ يَجْعَلَ المِلْكَ لِلأَقْدَمِ أَوْلَى كَمَا جَعَلَ مِلْكَ النِّتَاجِ أَوْلَى وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ النِّتَاجِ قَدْ أَخْرَجَهُ مِنْ مِلْكِهِ كَمَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ المِلْكِ الأَقْدَمِ أَخْرَجَهُ مِنْ مِلْكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجلين تداعيا عيناً منقولة، كعبد، أو دابة، أو غير منقولة كدار أو عقار.

وأقام البينة أنها له منذ سنة. وأقام الآخر البينة أنها له منذ شهر، أو أطلق الشهادة بالملك في الحال أو في مدة هي أقصر. فلا يخلو حال الملك المتنازع فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في يد غيرهما.

والثاني: أن يكون في يدي أحدهما.

والثالث: أن يكون في أيديهما.

فأما القسم الأول: إذا كان الملك في يدي غيرهما ولأحدهما بينة بقديم الملك منذ سنة، والآخر بينة لحديث الملك منذ شهر، ففيهما قولان:

أحدهما: وهو اختيار أبي العباس بن سريج: أنهما سواء، لا يترجح من شهدت بقديم على الأخرى لأمرين:

أحدهما: أنهما تنازعا ملكها في الحال، فلم تؤثر بينة ما شهدت بما قبلها، لأنه غير متنازع فيه.

والثاني: أن الشهادة بحديث الملك، لم تنف بقديم الملك وإن أثبتته الأخرى فصارتا متكافئتين.

والقول الثاني: وهو أظهر وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني، أن الشهادة بقديم الملك أرجح، والحكم بها أولى لأمرين:

أحدهما: أنهما قد تعارضتا في أقل المدتين، وأثبتت المتقدمة ملكاً لم يعارض فيه فوجب وقف المتعارض، وأمضى ما ليس فيه تعارض.

والثاني: أن ثبوت ملك المتقدم يمنع أن يملكه المتأخر إلا عنه، ولم تتضمنه الشهادة، فلم يحكم بها، فإذا تقرر توجيه القولين.

فإن قيل بتساويهما على القول الأول، صارتا متعارضتين فيكون فيهما ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاطها والرجوع إلى صاحب اليد.

والقول الثاني: الإقراع بينهما، والحكم لمن قرع منهما.

والقول الثالث: استعمالها، وقسم الشيء بينهما، وهذا القول يجيء في هذا الموضع لمكان الاشتراك.

فإن قيل بترجيح البينة بقديم الملك على البينة بحديثه، وجعل الحكم فيها أولى، ثبت لصاحبها الملك من المدة المتقدمة، وحكم له بما حدث عن الملك من نتاج، ونماء وغلة في تلك المدة، وإلى وقته، ثم يُبنى على هذين القولين ما جعله المزني أصلاً. وهو أن تنازعا دابة، فيقيم أحدهما البينة أنها له نتجها في ملكه ويقيم الآخر البينة أنها له ولا يقولون نتجها في ملكه.

حكى المزني عن الشافعي رضي الله عنه أنه جعلها لمن أقام البينة، أنه نتجها في ملكه، وجعله شاهداً على الحكم بقديم الملك دون حديثه، فاختلف أصحابنا في النتاج: هل يترجح بالبينة قولاً واحداً، أو يكون على قولين كالشهادة بقديم الملك؟ وذهب ابن سريج وابن خيران إلى التسوية بينهما، وأنهما على قولين:

أحدهما: أنهما سواء في التعارض.

والثاني: أنه يترجح البينة بقديم الملك، وبالنتاج على البينة الخالية منهما.

وحكى أبو علي بن خيران عن أبي العباس بن سريج أن الشهادة بالنتاج ليست من منصوصات الشافعي، وإنما أوردها المزني من تلقاء نفسه.

وذهب جمهور أصحابنا إلى صحة نقله، وأن بينة النتاج عند الشافعي أقوى من البينة بقديم الملك على قولين، ولئن لم يكن النتاج مسطوراً، فقد نقله عنه سماعاً، وفرقوا بين النتاج وقديم الملك في القوة، بأن الشهادة بالنتاج على ملكه تنفي أن يتقدم

عليهما ملك لغيره، فصار النتاج بهذا الفرق أقوى من قديم الملك، فلذلك رجحت البينة بالنتاج قولاً واحداً، وكان ترجيحها بقديم الملك على قولين. وهكذا لو تنازعا ثوباً، وأقام أحدهما البينة على أنه له نسجه في ملكه، وأقام الآخر البينة على أنه له، ولم يقولوا نَسجه في ملكه. كان كالبينة بالنتاج على ما قدمناه من الشرح.

فأما إذا شهدت بينة أحدهما بسبب الملك من الابتياع، أو ميراث وشهدت الأخرى بالملك من غير ذكر سببه، فيكون الترجيح بذكر السبب كالترجيح بقديم الملك، فيكون على قولين:

أحدهما [1]: أن النسج ملحق بالنتاج وذكر السبب ملحق بقديم الملك.

فصل: وأما القسم الثاني: إذا كان الملك في يدي أحدهما وشهدت بينة أحدهما أنه له منذ سنة، وشهدت بينة الآخر أنه له منذ شهر، فإن كانت البينة بقديم الملك لصاحب اليد، حكم له بالملك. لا يختلف فيه مذهب الشافعي، وجميع أصحابه، لأنه قد ترجح باليد، وبقديم الملك، وإن كانت البينة بقديم الملك الخارج، دون صاحب اليد ترجح أحدهما باليد وترجح الآخر بقديم الملك، فالذي نص عليه الشافعي هاهنا أنها تكون لصاحب اليد ترجيحاً بيده على قديم الملك، وتابعه جمهور أصحابه على هذا القول، وبه قال أبو حنيفة، فإنه حكم ببينة صاحب اليد في هذا الموضع وإن كان يرى أن بينة الخارج أولى من بينة صاحب اليد، لأنه يمنع من بينة الداخل، إذا لم تفد إلا ما أفادت اليد.

فأما إذا أفادت زيادة على ما أفادته اليد، فإنه يقدمها على بينة الخارج، وقد أفادت هذه البينة زيادة على ما أفادته يده، فلذلك قدمها على بينة الخارج، وعلى قول أبي يوسف، ومحمد، تكون بينة الخارج أولى في الأحوال كلها.

وذهب أبو إسحاق المروزي، ومن تابعه من أصحاب الشافعي: إلى أن الترجيح بقديم الملك أولى من الترجيح باليد، فيكون على قولين أحدهما يحكم بقديم الملك إذا رجحت به البينة، والثاني يحكم لصاحب اليد إذا لم تترجح به البينة، واحتج في ترجيح قديم الملك على الترجيح باليد، بأنه لو شهدت بينة مدعٍ أن هذه الدار كانت له بالأمس حكم له بملك الدار في اليوم استدامة لملكه، ولو شهدت له أنها كانت في يده بالأمس لم يحكم له باليد في اليوم، ولم يوجب استدامة يده.

وهذا خطأ من قائله، لأن البينة تزاد لإثبات اليد، فإذا ترجحت إحداهما باليد، وافقت موجبها، وخالفت موجب الأصل، فكذلك ترجحت البينة بها، وهذا المعنى موجود في قديم الملك وحديثه.

---

(١) ذكر قولاً واحداً. أما القول الثاني فهو مفهوم، لأنه عكس القول الأول.

فأما ما استشهد به من قديم اليد، وقديم الملك، فهما سواء لا يحكم فيهما باستدامة اليد، ولا باستدامة الملك حتى يشهدوا أنه كان مالكاً لها بالأمس، وإلى وقته، لأن النزاع في ملكها، فالوقت دون ما تقدم فصارت الشهادة بالمتقدم من غير التنازع، فلم يحكم بها، لأنه قد يملك ما يزول عنه ملكه في اليوم. فإن كان أبو إسحاق المروزي يرى الحكم بها في اليوم مذهباً لنفسه، خُولِفَ فيه تعليلاً بما ذكرنا.

فإن قيل: فإذا رجحتم البينة باليد، فهلاَّ رجحتم بزيادة العدد؟

قيل: لأن زيادة العدد لم تفد زيادة على ما أفادته زيادة البينة، واليد أفادت من زيادة التصرف ما لم تفد البينة، فلذلك ترجحت البينة باليد، ولم تترجح بزيادة العدد.

فصل: وأما القسم الثالث: إذا كان الملك في أيديهما، وكان داراً فأقام كل واحد منهما بأن جميع الدار له، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تتكافأ البينتان، ولا تشهد إحداهما بقديم الملك فقد أقام كل واحد منهما بينته بملك جميع الدار التي نصفها بيده، ونصفها بيد الآخر، فصار له فيما بيده بينة داخل وفيما في يد صاحبه بينة خارج، فتعارضت البينتان في الدخول والخروج.

فإن قيل إن تعارضهما موجب لسقوطهما حلف كل واحد منهما لصاحبه، وأقرت الدار في أيديهما ملكاً باليد والتحالف.

وإن قيل: إن تعارضهما موجب لاستعمالهما وقسم الملك بينهما، فلا يمين عليهما، وتجعل الدار بينهما ملكاً بالبينة.

والضرب الثاني: أن تشهد بينة أحدهما بقديم الملك وتشهد بينة الآخر بحديث الملك، فإن لم تجعل الشهادة بقديم الملك ترجيحاً للبينة على أحد القولين، فالجواب على ما مضى من تكافؤ البينتين في جعل الدار بينهما نصفين، باليد واليمين في أحد القولين، وبالبينة من غير يمين في القول الثاني، وإن ترجحت الشهادة بقديم المالك على القول الثاني خلص لصاحبها النصف الذي في يده، وتقابل في النصف الآخر، ترجيح بينة بقديم الملك، وترجيح بينة الآخر باليد، فعلى قول أبي إسحاق المروزي يحكم به لمن ترجحت بينته بقديم الملك، فتصير جميع الدار له لأنه يجعل الترجيح بتقديم الملك أقوى من الترجيح باليد وعلى الظاهر من مذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابه يحكم بالنصف الآخر لصاحب اليد، لأنه يجعل الترجيح باليد أقوى من الترجيح بقديم الملك فتصير الدار بينهما نصفين بغير أيمان قولاً واحداً لأنه محكوم بينهما في النصفين بترجيح البينتين من غير إسقاط لهما ولا قسمة باستعمالها. والله أعلم.

بَابُ الدَّعْوَى عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَى هَذِهِ الدَّارَ مِنْهُ بِمائَةِ دِرْهَم وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ وَأَقَامَ الآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ بِمائَتَي دِرْهَم وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ بِلاَ وَقْتٍ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَهَا بِنِصْفِ الثَّمَنِ الَّذِي سَمَّى شُهُودَهُ وَيَرْجِعُ بِالنِّصْفِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنَّ القَوْلَ قَوْلُ البَائِعِ فِي البَيْعِ (قَالَ المُزَنِيُّ) هَذَا أَشْبَهُ بِالحَقِّ عِنْدِي لأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَدْ تَكَافَأَتَا وَلِلْمُقِرِّ لَهُ بِالدَّارِ سَبَبٌ لَيْسَ لِصَاحِبِهِ كَمَا يَدَّعِيَانِهَا جَمِيعاً بِبَيِّنَةٍ وَهِيَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا فَتَكُونَ لِمَنْ هِيَ فِي يَدَيْهِ لِقُوَّةِ سَبَبِهِ عِنْدَهُ عَلَى سَبَبِ صَاحِبِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَدْ قَالَ لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى دَابَّةٍ أَنَّهُ نَتَجَهَا أَبْطَلْتُهُمَا وَقَبِلْتُ قَوْلَ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ».

قال الماوردي: جمع المزني في هذا الباب بين ثلاث مسائل نقلها عن الشافعي:

فالأولى: بائع ومشتريان.

والثانية: بائعان ومشتريان.

والثالثة: مشترٍ وبائعان.

فأما الأولى: هي مسألتنا فصورتها في رجلين تداعيا ابتياع دار من رجل واحد، فقال أحدهما: اشتريتها منه بمائة درهم، ونقدته الثمن، وأقام على ذلك بينة. وقال الآخر إنما اشتريتها منه بمائتي درهم، ونقدته الثمن، وأقام على ذلك بينة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في البينة بيان على تقدم أحد العقدين، على الآخر.

والثاني: أن لا يكون فيها بيان، فإن بان بهما تقديم أحد العقدين على الآخر، بأن تشهد بينة أحدهما، أنه ابتاعها منه في رجب وتشهد بينة الآخر أنه ابتاعها منه في شعبان، وتشهد بينة أحدهما أنه ابتاعها منه، في يوم السبت، وتشهد بينة الآخر أنه ابتاعها منه في يوم الأحد، فهما في تقارب هذين الزمانين وتباعده سواء. فيحكم بصحة العقد الأول، وإبطال الثاني، لأنه قد زال بالأول ملك البائع، فصار في الثاني

بائعاً لغير ملك فيرجع الثاني على البائع بالثمن. لقيام البينة بقبضه له ويكون الأول أحق بالدار ولا يدل ذلك على ملكه في الدار، لأنه قد يجوز أن يكون البائع غير مالك حتى يقول الشهود أنه باعها، وهو مالكها، أو يقولوا إنها لهذا المشتري بابتياعها من هذا البائع، فتدل له الشهادة بأحد الأمرين على ملك المشتري، وصحة عقده، وإن لم يكن في البينتين بيان على تقدم أحد العقدين، وذلك يكون من أحد ثلاثة أوجه إما أن لا يكون في واحد منهما تاريخ، أو تؤرخ إحداهما دون الأخرى، أو تؤرخ كل واحدة منهما إلى وقت واحد، لا يتقدم إحداهما على الأخرى، فيكون بيان التقدم معدوماً على الوجوه الثلاثة وإذا كان كذلك لم تخل حال الدار من أربعة أحوال:

إحداها: أن تكون في يد البائع.

والثانية: أن تكون في يد أحد المشتريين.

والثالث: أن تكون في أيديهما.

والرابع: أن تكون في يد أجنبي.

فصل: فأما الحالة الأولى: وهو أن تكون في يد البائع: فقد اختلف أصحابنا في تصديق البائع، لإحدى البينتين هل يوجب ترجيها على الأخرى؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إبراهيم المزني وأبي العباس بن سريج، أن تصديق البائع لإحداهما مقبول، تترجح به بينته، لأنه أصل ذو يد فعلى هذا يرجع إلى بيانه في أي العقدين تقدم ولا يرجع إلى بيانه أيهما باع، لأنه قد ثبت عليه البيعان بالبينة، فيرجع إليه بالتقدم منهما، فإذا بين أحدهما التقدم كان البيع له، ولا يمين على الآخر، لأنه لو رجع عن قوله لم يقبل، وليس يغرم للآخر القيمة، وإنما يرد عليه الثمن، فلذلك لم تلزمه اليمين، وإن أنكر أن يكون عنده بيان، أحلف وكان لكل واحد منهما أن يحلفه يميناً تخصه، لأنه لو بين بعد إنكاره قبل منه فلذلك لزمته اليمين. فإن جمع بين المشتريين في البيان، لم يكن فيه بيان، لأنه بيانه في التقدم، ويستحيل أن يكون كل واحد منهما متقدماً على الآخر في حاله.

وقال أبو حامد الإسفراييني، تكون الدار بينهما بتصديقه لهما.

فإن قال ذلك وهو يرى أن بيان البائع مقصور على المتقدم بالعقد فقد وهم لاستحالة اجتماعهما في التقدم، وإن قاله، لأنه يرى أنه يرجع إلى بيان البائع لأيهما باع فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب لما بيناه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، وعامة أصحابنا أن تصديق البائع لأجل يده، غير مقبول، في ترجيح بينة أحدهما، لاتفاق البينتين على زوال ملكه،

فبطل بهما حكم يده، وإنما يرجع إلى يد يجوز أن تكون مالكه، وليس للبائع يد ملك.

فعلى هذا يجري على البينتين حكم المتعارضتين في الظاهر، وإن جاز أن لا يتعارضا في الباطن بأن يتقدم أحد العقدين على الآخر فيكون في تعارضهما ثلاثة أقاويل:

أحدهما: إسقاطها فيرجع إلى قول البائع لا ترجيحاً للبينة لأنهما قد أسقطتا، ولكن لأنها دعوى عليه في ابتياع منه. فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما، وغرم له ما شهدت به بينته من الثمن الذي دفعه، والدار باقية على حكم ملكه، وإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، كانت الدار مبيعة على المصدق، دون المكذب فإن طلب المكذب إحلاف البائع، نظر فإن كان قد سبق بالدعوى على المصدق كان له إحلاف البائع، لأنه قد استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق، فلم يسقط حقه منها بتصديقه لغيره وإن كانت دعواه بعد تصديق الآخر، فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره، لأنها دعوى في حلال لا ينفذ فيها إقراره ويرجع عليه بالثمن الذي شهدت به بينته، فلو عاد البائع، فصدق الثاني بعد تصديق الأول، كان البيع للأول، لتقدم إقراره، ونظر في قيمة الدار، فإن كانت بقدر الثمن الذي شهدت به بينة الثاني، لم يغرم للثاني إلا الثمن، وإن كانت قيمتها أكثر من الثمن ففي وجوب غرم زيادة القيمة بعد رد الثمن قولان:

أحدهما: لا يغرمها.

والثاني: يغرمها.

ومن هاهنا يجيء تخريج قول أبي علي للبائع أن يحلف للمكذب لأنه إذا غرم مع الإقرار حلف مع الإنكار، ولو صدق البائع لهما جميعاً، جعلت الدار بينهما، ويكون نصفها مبيعاً على كل واحد منهما بنصف الثمن الذي شهدت به بينته، إن اتفقوا على قدره. وإن عدلوا إلى غيره، فكل واحد من المشتريين يأخذ نصف الدار بنصف الثمن الذي أقر به البائع. إن صدق المشتريان على قدره، وإن كذباه، حلفاه عليه، وأبطل البيع، ولا يعتبر الثمن الذي شهدت به البينة إلا في دفعه دون عقد البيع، لأنه قد أسقط قبولهما في البيع، فسقط حكم الثمن الذي شهدا به وإن قبلت شهادتهما في دفعه، لأن تعارضهما في البيع لا في دفع الثمن فهو احكم القول الأول في إسقاط البينتين بالتعارض.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين فأيتهما قرعت حكم بها وكان البيع لمن شهدت له، وفي إحلافه مع القرعة قولان:

أحدهما: يحلف إن قيل: إن القرعة مرجحة لدعواه.

والثاني: لا يمين إن قيل إن القرعة مرجحة لبينته، وللمقروع أن يرجع على البائع بالثمن الذي شهدت به بينته

والقول الثالث: استعمال البينتين، وتسم الدار بهما بين المشتريين ليكون نصفها مبيعاً من كل واحد منهما، وهو لتفريق الصفقة عليه بالخيار في إمضاء البيع في نصف الدار بنصف الثمن أو فسخه، لأنه ابتاع جميع الدار فجعل له نصفها ولهما في الخيار ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يختار الإمضاء فيكونا شريكين.

والثانية: أن يختار الفسخ، فيصح فسخ من تقدم منهما، ويتوفر سهمه بالفسخ على المتأخر، فيسقط خياره في الفسخ، لأن البيع قد تكامل له في جميع الدار.

والحالة الثالثة: أن يمضي أحدهما، ويفسخ الآخر، فقد زال ملك الفاسخ، ونظر فإن فسخ قبل رضا الآخر بالنصف يغرم سهمه على التراضي وأخذ جميع الدار بجميع ثمن بينته، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهم الفاسخ على الراضي، لاستقرار الحكم في ابتياعه النصف.

فصل: وأما الحالة الثانية: وهو أن تكون الدار في يدي أحد المشتريين، فقد اختلف أصحابنا هل تترجح بينته بيده، أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في الترجيح بيد البائع، إذا صدق أحدهما بترجيح يد أحد المشتريين، إذا قيل: إنها ترجح بين البائع إذا صدقه فيحكم له ببينته، ويده ويرجع الآخر بالثمن الذي شهدت به بينته، ويجوز أن يكون خصماً لصاحب اليد في الدار ويحلفه إذا أنكره، وإن صدقه سلم الدار إليه بإقراره بالثمن الذي شهدت به بينته إن كان مثل الثمن في ابتياع حقه، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي، لأنه مقر أنه لا يستحقه على الثاني، وإن كان أكثر لم يكن له أن يأخذ الزيادة، لأنه مقر أنه لا يستحق أكثر من الثمن الذي دفع، ويكون درك للثاني على الأول، دون البائع، ولا يكون على البائع درك الأول، ولا الثاني لأن الثاني ملكها عن الأول، والأول قد أقر أنه لم يملكها عن البائع فلذلك سلم البائع من دركها.

والوجه الثاني: أنه لا تترجح البينة بيد البائع إذا صدق أحدهما. فعلى هذا يسقط حكم يده، وتتعارض البينتان في حقهما فتكون على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: يسقطان ويرجع إلى البائع في إقراره، وإنكاره على ما مضى.

والقول الثاني: يقرع بينهما، ويحكم لمن قرع منهما على ما مضى.

والقول الثالث: يقسم بينهما باستعمالهما على ما مضى.

وذكر الربيع قولاً رابعاً: أن تعارض البينتين، يوجب إبطال الصفقتين فيكون كل واحد من البيعين باطلاً كالمتداعيين نكاح امرأة يقيم كل واحد منهما البينة على أنه تزوجها، يبطل النكاحان بتعارضهما، فأنكر أصحابنا هذا القول ونسبوه إلى الربيع تخريجاً لنفسه، ومنعوا من اعتباره بالنكاح، لوقوع الفرق بينهما، بأن نكاح المرأة، لايجوز أن يكون بين زوجين، وشراء الدار يجوز أن يكون بين مشتريين، فبطل النكاحان، لامتناع الشركة، ولم يبطل البيعان مع جواز الشركة.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن تكون الدار في يدي المشتريين فقد تساويا في اليد والبينة، ولم يترجح أحدهما على الآخر في يد ولا بينة. فإن لم يترجح يد أحدهما لم يترجح أيديهما وصارت بينتاهما متعارضتين فيكون تعارضهما محمولاً على الأقاويل الثلاثة في إسقاطها والإقراع بينهما، أو استعمالها، وإن رجحتا يد أحدهما رجحتا أيديهما، وصار لكل واحد منهما بينة، داخل في النصف الذي في يده، وبينة خارج في النصف الذي بيد صاحبه، فيجعل ابتياع الدار بينهما نصفين، وهل يحلف لصاحبه أم لا؟ على قولين ويرجع كل واحد منهما على البائع بنصف الثمن، وكان خيار كل واحد منهما على ما ذكرناه.

فصل: وأما الحالة الرابعة: وهو أن تكون الدار في يد أجنبي، فلا تخلو يده من أربعة أحوال:

إحداها: أن يكون نيابة عن البائع، فيكون على ما قدمناه في يد البائع.

والثاني: أن يكون نيابة عن أحد المشتريين، فيكون على ما قدمناه في يد أحدهما.

والثالث: أن يكون نيابة عنهما، فيكون على ما قدمناه في أيديهما.

والحالة الرابعة: أن يكون لنفسه غير ثابت فيها عن غيره فلا تتوجه الدعوى عليه في البيع، لأنه منسوب إلى غيره، ولا توجب بينة واحد منهما انتزاع الدار من يده، لأن بيع غيره للدار لا يجعله مالكاً لها وصاحب اليد أحق بالدار من بائعها، ولا تتوجه عليه مطالبة البائع بها، لأن قيام البينة عليه بالبيع يمنع من أن يكون له فيها حق، وسقط أن يكون للبائع عليه يمين ولا تتوجه إليه مطالبة واحد من المشتريين بها، لأنه يدعي ملكها، عن البائع، وليس للبائع المطالبة بها فكان أولى أن لا يطالب بها النائب عنه، فتسقط المطالبة عن صاحب اليد، لأجل البينة، ولا يمين عليه لواحد منهم، ويرجع كل واحد من المشتريين على البائع بالثمن الذي شهدت به بينته، فإذا حكم بإبطال

البيعين، وأخذ البائع برد الثمنين جاز له أن يستأنف الدعوى، وهذا كله إذا لم يكن في البينة الشاهدة بالبيع شهادة للبائع، بملك المبيع، فأما إذا شهدت له بملك ما باع، فإن عارضهما صاحب اليد ببينته، كانت بينة صاحب اليد أولى، لأنها بينة داخل قد تلتها بينة خارج وإن لم تكن لصاحب اليد بينة رفعت يده، وثبت أن البائع باع ملكه، وإن كانت الشهادة بملكه في إحدى البينتين حكم بالبيع، دون الملك ورجع بالثمن وبطل حكم التعارض فيهما.

وإن شهدت بينة كل واحد منهما بالملك والبيع، ثبت حكم التعارض فيهما، وكان على الأقاويل الثلاثة، وقد أطلنا هذه المسألة باستيفائها، لأنها من الأصول في الدعاوى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى هَذَا الثَّوْبَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ مِلْكُهُ بِثَمَنٍ مُسَمًّى وَنَقَدَهُ وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ يَمْلِكُهُ بِثَمَنٍ مُسَمًّى وَنَقَدَهُ فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِهِ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ لِفَضْلِ كَيْنُونَتِهِ (قال المزني) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى مَا قُلْتُ مِنْ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذه المسألة الثانية التي يجتمع فيها بائعان، ومشتريان وصورتها أن يتنازع رجلان في ثوب يدعي أحدهما أنه اشتراه من زيد، وهو مالكه بثمن سماه ونقده إياه، ويقيم على ذلك بينة بالملك، والبيع، ويدعي الآخر أنه اشتراه من عمرو، وهو مالكه بثمن سماه ونقده إياه، ويقيم على ذلك بينة بالملك والبيع فلا يخلو الثوب من خمسة أحوال:

أحدها: أن يكون في يد أحد المتبايعين.

والثاني: أن يكون في أيديهما.

والثالث: أن يكون في يد أحد المشتريين.

والرابع: أن يكون في أيديهما.

والخامس: أن يكون في يد أجنبي.

فأما الحالة الأولى: وهو أن يكون الثوب في يد أحد المتبايعين فبينته أرجح وجهاً واحداً، لأنها بينة داخل تندفع بها بينة خارج فيصح بيعه، ويؤخذ بتسليم الثوب إلى مشتريه منه. ويبطل بيع الآخر، ويؤخذ برد الثمن على مشتريه منه، ولا يمين للبائع الآخر، ولا للمشتري على من ترجحت بينته من البائع والمشتري، لأن الحكم ثبت لهما بالبينة، ترجيحاً باليد ولا يمين مع البينة.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكون الثوب في يد البائعين، فلا تخاصم بين المشتريين، فقيل: إنه لا يد لواحد منهما على ما يدعيه وخصمه فيه هو البائع عليه، ليسلم إليه ما باعه عليه وللبائع حينئذ حالتان:

إحداهما: أن يتنازعا كل واحد منهما، أنه مالك لجميعه وبينة كل واحد من المشتريين في البيع، هي بينة لكل واحد من البائعين في الملك، ولكل واحد منهما بينة داخل في النصف الذي بيده، وبينة خارج في النصف الذي في يد صاحبه، فيحكم لكل واحد منهما بنصفه ببينته ويده، لأنه قد عارضته فيه بينة خارج وهل يجب لكل واحد منهما إحلاف صاحبه، أم لا؟ على قولين: من تعارض البينتين هل يسقطان، أو يستعملان؟

فإن قيل: بإسقاطهما فعلى كل واحد منهما أن يحلف لصاحبه أنه لا حق له فيما بيده، ولا يحلف أنه مالك لما بيده، لأنه يحلف على إنكاره وليس يحلف على إثباته.

وإن قيل: باستعمال البينتين فلا يمين على واحد منهما لصاحبه، لأن من حكم له بالبينة لم يحلف معها، ثم يصير كل واحد من البائعين مالكاً لنصفه، وبائعاً لجميعه فيكون كل واحد من المشتريين بالخيار بين إمضاء البيع في نصفه والرجوع بنصف ثمنه، وبين فسخ البيع في جميع، والرجوع بجميع ثمنه على ما بيناه.

والحالة الثانية: أن يتصادق البائعان على أن كل واحد منهما مالك لنصفه، فينقطع التخاصم بينهما بالتصادق، وفي انقطاع خصومة المشتريين بانقطاعها بين البائعين وجهان:

أحدهما: قد انقطعت الخصومة بتصادقهما، وصار كل واحد منهما مالكاً لنصفه، وبائعاً لجميعه، فلزمه تسليم ما ملك ودرك ما لم يملك.

والوجه الثاني: أن الخصومة باقية لكل واحد من المشتريين لأنه يدعي ملك جميع الثوب، وقد صار إلى نصفه مع بقائه في حق غيره، ويكون مخاصماً فيه لمن بيده النصف الآخر فإن كان قد تسلم مشتريه، كان كل واحد منهما خصماً لصاحبه فيه فيتحالفان عليه، ولا تستعمل بينتاهما فيه، لأنها لا تفيدهما أكثر من قسم بينهما.

فإن حلفا أو نكلا كان بينهما، وانقطع تخاصمهما، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بجميعه للحالف ولم يلزم لبائعه عليه إلا نصف ثمنه، وإن صار مالكاً لجميعه لأن البائع مقر أنه لا يملك إلا نصفه، فإن لم يكن مشتريه قد ساق الثمن إليه، لم يطالبه البائع إلا بنصفه، وإن كان قد ساق جميع الثمن لم يكن له استرجاع شيء منه، لأنه مقر باستحقاقه عليه، وليس للمشتري الناكل رجوعه بدركه على بائعه، لأنه

مستحق من يده بنكوله، ولو حلف لكان مقراً في يده، ولو لم يتسلم المشتري، وكان باقياً من يد البائعين وقفت الخصومة بين المشتريين، وكان لكل واحد مطالبة مبايعه، فيتسلم ما ابتاعه منه، وهو لا يقدر إلا على تسليم نصفه الذي في يده، فإذا قبض كل واحد منهما نصفه، تخاصم فيه المشتريان، وكان حكمهما في التخاصم على ما ذكرناه.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون الثوب في يد أحد المشتريين، ترجحت بينته بيده وجهاً واحداً، بخلاف يده لو كان البائع عليها واحداً في أحد الوجهين، لأنهما في الشراء مع اثنين يجعل يده بيد بائعه الذي لم ينقل ملكه إلا إليه، فصارت يده كيد أحد البائعين، فحكم له بالجميع، لأن بينته بالجميع بينة داخل وبينة الآخر في الجميع بينة خارج، ولزمه جميع الثمن ورجع الآخر على صاحبه بجميع الثمن، وليس له مخاصمة صاحبه في الشراء، لأنه قد استقر ابتياعه لجميع الثوب، لحكم باتٍ، وينقطع التنازع بين البائعين، كانقطاعه بين المشتريين لنفوذ الحكم بالبينة واليد للبائع، والمشتري منه على البائع الآخر والمشتري منه.

فصل: وأما الحالة الرابعة: وهو أن يكون الثوب في يد المشتريين، فقد تكافئا في البينـة واليد، لأن لكل واحد منهما بينة داخل في نصفه، وبينة خارج من نصفه، فيحكم به بينهما نصفين وتكون الخصومة فيه بين المشتريين، ولا خصومة في الحال بينهما، وبين البائعين، لأن لكل واحد منهما إحلاف صاحبه قولاً واحداً، لأنه لو صدقه عليه، لزمه تسليم ما بيده وفي كيفية يمينه قولان من اختلاف قوليه في تعارض البينتين. فإن قيل: باستعمالهما كانت يمين كل واحد منهما على النفي دون الإثبات، فيحلف بأنه لا حق له فيما بيدي، ولا يحلف إني مالك لما بيدي، لأنه قد ملكه بالبينة، فلا يمين مع البينة، وإن قيل: إن تعارضهما موجب لإسقاطهما، كانت يمين كل واحد منهما على الإثبات دون النفي، فيحلف بالله لقد تملكه بالابتياع من فلان، لأنه لم يملك بالبينة، فصار مالكاً بالثمن، فإن حلفا كان الثوب بينهما ملكاً، وإن نكلا كان الثوب بينهما يداً، فلا رجوع لواحد منهما بالدرك على مبايعه، سواء حلفا أو نكلا، لأن كل واحد منهما في ادعاء جميعه ملكاً بالابتياع مصدق لمبايعه على ملكه.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بالجميع للحالف دون الناكل، ولزمه ثمن جميعه لمبايعه، لاعترافهما باستحقاقه، ولا رجوع للناكل بدركه على مبايعه بشيء من ثمنه، لأنه مقر أنه بائع لملكه.

فإن أحال المشتريان بالتحالف على البائعين ليكونا خصمين فيه، كان جوازه على قولين، من اختلاف قوليه في تعارض البينتين، فإن قيل: بإسقاطهما، تحالف عليه البائعان وكان كل واحد من المشتريين خصماً لمبايعه فيه.

وإن قيل باستعمالها لم يتحالف عليه البائعان، لبت الحكم بينهما بالبينة، ولا رجوع لواحد منهما بالدرك على مبايعه إن تداعياه، ولهما الرجوع بدركه، إن لم يتداعياه لأنهما في تداعيه مصدقان للبائعين، وإن لم يتداعياه غير مصدقين، وإن لم يجعل لهما الرجوع بالدرك، فلا خيار لهما في فسخ البيع، وإن جعل لهما الدرك كان لهما الخيار في فسخ البيع، وكانا فيه بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يفسخا فيرجع كل واحد منهما بدرك جميعه.

والثاني: أن يقيما فيرجع كل واحد منهما بدرك نصفه.

والثالث: أن يفسخ أحدهما، ويقيم الآخر، فيرجع المقيم بدرك النصف فيرجع الفاسخ بدرك الجميع، ولا تتوفر حصة الفاسخ على التراضي لأن حصة الفاسخ تعود إلى مبايعه، ولا تعود إلى مبايع الراضي فصار فيه بخلاف البائع الواحد، الذي لا يعود خصمه الفاسخ، إلى مبايع الراضي، فيتوفر من حصته على الراضي.

فصل: وأما الحال الخامسة: وهو أن يكون الثوب في يد أجنبي فعلى ضربين:

أحدهما: أن تنسب يده إلى أحد الأربعة، فيكون حكمه كحكمه لو كان في يد من نسبه إليه، وهل لكل واحد من الباقين أن يحلفه إن أكذبه على أن يده نائبة عمن نسبه إليه، أم لا؟ على قولين: من اختلاف قوليه في وجوب الغرم عليه إن صدق غيره.

فإن قيل: بوجوب الغرم عليه مع الإقرار، أحلف مع الإنكار. وإن قيل: لا غرم عليه لم يحلف.

والضرب الثاني: أن يدعيه لنفسه ملكاً، فدعواه مردودة بكل واحدة من البينتين، لأن إحداهما تشهد به لزيد والأخرى تشهد به لعمرو، وكل واحدة منهما تشهد بأن لا حق فيه لصاحب اليد، ولا ينتزع من يده قبل بت الحكم بين المتنازعين، ليتعين بالحكم مستحق انتزاعه منه، فصارت يده ضامنة له في جنبة مستحقه، وقد تعارضت البينتان فيه ملكاً في حق البائعين ومبيعاً في حق المشتريين، وتساوت البينتان في حق الجنبتين لأنها بينتا خارج فتحمل على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: إسقاط البينتين، ويكون كل واحد من البائعين خصماً للآخر في ملكه، وكل واحد من المشتريين خصماً لمبايعه في ابتياعه، فيتحالف البائعان على ملكه.

فإن حلفا، حكم به لهما ملكاً.

وإن نكلا جعل بينهما يداً.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر فهل ترد يمين نكوله على مدعي ابتياعه؟ على

قولين من اختلاف قوليه في غرماء المفلس، إذا أجابوا إلى يمين يستحق بها مال نكل عنها المفلس:

أحدهما: ترد اليمين على المشتري إذا قيل إنها ترد على الغرماء لأنه قد أثبت كل واحد منهما بيمينه حقاً لنفسه.

والقول الثاني: لا ترد اليمين على المشتري إذا قيل: إنها [لا] ترد على الغرماء، لأنه لا حق لهما فيما يحلفان عليه، إلا بعد استحقاق خصمهما له، ولا يصح لأحد أن يملك مالاً بيمين غيره وإذا كان كذلك لم يخل الثوب من أن يحكم به للبائعين، أو لأحدهما فإن حكم به لهما، صار كل واحد من المشتريين مدعياً على مبايعه ابتياع جميعه، ودفع ثمنه، فإن صدقه مبايعه على دعواه صح البيع في النصف الذي صار إليه، وبطل في نصفه الذي صار في ملك غيره، ومشتريه بالخيار في إمضائه بنصف الثمن، واسترجاع نصفه الباقي، أو فسخه في جميعه، واسترجاع جميع ثمنه وإن أكذبه مبايعه في ابتياعه، حلف له، ولا بيع بينهما بعد يمينه، وهل يستحق عليه الرجوع بثمنه الذي شهدت بينته ببيعه ودفع ثمنه، أم لا؟ على قولين من اختلاف قوليه في الشهادة إذا ردت في بعض ما شهدت به هل يوجب ردّها في باقيه؟

أحدهما: لا يرد ويحكم له على البائع برد الثمن.

والقول الثاني: يرد، ويكون القول قول البائع في إنكاره مع يمينه، وإن حكم بالثوب لأحد المتبايعين بطل بيع من لم يحكم له، وهل يرد الثمن بالبينة إن أنكر أم لا؟ على القولين وتوجهت الدعوى على من حكم له بالثوب لمشتريه منه فإن صدقه عليه، صح البيع في جميعه ولا خيار لمشتريه وإن أنكره حلف، ولا بيع بينهما. وهل يلزمه رد الثمن بالبينة أم لا على القولين؟

فهذا ما يتفرع على هذه الدعوى على هذا القول الموجب لإسقاط البينتين.

والقول الثاني: أنه لا يوجب سقوطهما بالتعارض، ويميز بينهما بالقرعة. فأيتهما قرعت، حكم بها لمن شهدت له بملك البائع وبيعه على المشتري، وفي إحلافه مع القرعة قولان وردت البينة المقروعة في ملك الآخر، وبيعه، ولم ترد فيما شهدت به من دفع الثمن قولاً واحداً، لأنه لم يكن ردها إسقاطاً وإنما كان ترجيحاً.

والقول الثالث: استعمال البينتين بقسم الثوب بهما بين المشتريين نصفين، ولكل واحد منهما الخيار في إمضاء البيع في نصفه بنصف ثمنه، واسترجاع باقيه، أو فسخ البيع فيه، واسترجاع جميع ثمنه، لأن البينة مستعملة فيما شهدت به وإنما أمضيت في النصف، لازدحام الحقين كالعول في الفرائض.

فصل: وإذا تنازعا ثوباً في يد أحدهما منه ذراع، وفي يد الآخر منه عشرة أذرع كانا في اليد سواء، ولا يترجح من بيده أكثره، على من بيده أقله، لأنه لو تفرد أحدهما باليد لم يقع الفرق بين أن يكون بيده أكثره، أو أقله.

ولو تنازعا داراً، وأحدهما في صحنها والآخر في دهليزها، كانا في اليد سواء.

وقال أبو حنيفة: الجالس في الصحن أحق باليد من الجالس في الدهليز.

وليس بصحيح، لأنه لو تفرد بالجلوس في الدهليز كانت يده عليها، كما لو كان في صحنها، وهكذا لو كان أحدهما على سطحها، والآخر في سفلها كانا عندنا في اليد سواء، ولا فرق أن يكون على السطح سترة حاجزة أو لا تكون، أو على السطح ممرق حاجز من السفل أو لا يكون.

ولو تنازعا متاعاً في ظرف، ويد أحدهما على الظرف، ويد الآخر على المتاع اختص كل واحد منهما باليد على ما في يده، ولا تكون اليد على الظرف مشاركة لليد على المتاع، ولا اليد التي على المتاع مشاركة لليد على الظرف، لانفصال أحدهما عن الآخر، ولجواز أن يكون المتاع لواحد والظرف لآخر.

ولو تنازعا عبداً، ويد أحدهما على ثوبه، ويد الآخر على ثوبه كانت اليد على العبد يداً على الثوب والعبد، لأن يد العبد على الثوب اقوى، فصارت اليد على العبد أقوى، ولا يكون لصاحب اليد على الثوب يد على العبد، ولا على الثوب، لأن للعبد على الثوب يداً وتصرفاً، ولممسك الثوب يد من غير تصرف، ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر قائدها، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: تكون لراكبها دون قائدها، لأنه مع اليد المشتركة مختص بالتصرف.

والوجه الثاني: هما مشتركان في اليد عليها، لأن قودها تصرف كالركوب فاستويا. ولو تنازعا سفينة أحدهما ممسك برباطها، والآخر ممسك بخشبها، كانت اليد لممسك الخشب، دون ممسك الرباط، لأن الخشب من السفينة والرباط ليس منها. ولو كان أحدهما راكبها، والآخر ممسكها، كانت اليد للراكب، دون الممسك لأن للراكب تصرفاً ليس للممسك.

ولو تنازعا دابة في إصطبل أحدهما، وأكذبهما عليها، فإن كان في الإصطبل دواب لغير مالكه، استويا في اليد عليها، لأن التصرف في الإصطبل قد صار مشتركاً، وإن لم يكن في الإصطبل دواب غير دواب صاحبه، كانت اليد لصاحب الإصطبل خاصة لتفرده بالتصرف والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ الثَّوْبُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّهُ ثَوْبُهُ بَاعَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهِ بَيْنَ المُدَّعِيَيْن نِصْفَيْنِ وَيَقْضِي لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ (قال المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَقْضِيَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيْهِ مِنْ أَحَدِهِمَا وَيَقْبِضُهُ ثُمَّ يَمْلِكُهُ الآخَرُ وَيَشْتَرِيْهِ مِنْهُ وَيَقْبِضُهُ فَيَكُونُ عَلَيْهِ ثَمنَانِ وَقَدْ قَالَ أَيْضاً لَوْ شَهِدَ شُهُودُ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى إِقْرَارِ المُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهُ أَوْ أَقَرَّ بِالشِّرَاءِ قَضَى عَلَيْهِ بِالثَّمَنَيْنِ (قَالَ المُزَنِيُّ) سَوَاءٌ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ اشْتَرَى أَوْ أَقَرَّ بِالشِّرَاءِ».

قال الماوردي: وهذه هي المسألة الثالثة التي يجتمع فيها مشترٍ وبائعان وصورتها في رجل بيده ثوب تنازعه رجلان، فقال له كل واحد منهما، هذا ثوبي بعته عليك بألف درهم، وسلمته إليك ولي عليك ثمنه. وأقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، فلا تخلو بينتاهمها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون تاريخهما مختلفاً، فتشهد بينة أحدهما أنه باعه عليه في رجب، وتشهد بينة الآخر أنه باعه عليه في شعبان، فلا تعارض في البينتين، لإمكان حملهما على الصحة، وهو أن يشتريه من أحدهما في رجب، ويبيعه على الآخر، ثم يعود فيشتريه منه، فيصير مشترياً من كل واحد من البائعين. في وقتين بثمنين، وإذا صح ذلك لزمه الثمنان من غير تكاذب ولا تعارض، كما لو ادعت امرأة على زوجها أنه نكحها في يوم الخميس على صداق ألف، ثم نكحها في يوم الجمعة على صداق ألفين، وأقامت عليه البينة بكل واحد من النكاحين، يحكم عليه بالصداقين ولا تتعارض فيه البينتان، لأنه قد يتزوجها في يوم الخميس، ويخالفها فيه بعد دخوله بها، ثم يتزوجها في يوم الجمعة فيصح العقدان ويلزمه الصداقان.

كذلك في مسألتنا: يصح فيه البيعان، ويلزمه الثمنان، لإمكان الصحة وامتناع التنافي، وإذا أمكن حمل البينتين على الصحة لم يجز أن يحملا على التنافي والتضاد،

فصل: والحال الثانية: أن يكون تاريخ البينتين واحداً، فتشهد بينة أحدهما أنه باع عليه ثوبه هذا بألف، مع زوال الشمس من يوم السبت، وتشهد بينة الآخر أنه باع عليه ثوبه هذا بألف في ذلك الزمان بعينه، مع زوال الشمس من يوم السبت، فقد تكاذبت البينتان فتعارضت لاستحالة أن يكون كل الثوب ملكاً لكل واحد من البائعين في وقت واحد، وبيعه كل واحد منهما عليه في وقت واحد، فكان تعارضهما مع التكاذب محمولاً على الأقاويل الثلاثة في تعارض البينتين:

أحدهما: إسقاطهما بالتعارض ولا يتعين به حرج أحدهما بالتكاذب ثم رجع بعد إسقاطهما إلى قول صاحب اليد، فإن كذبهما حلف لهما، وبرىء من مطالبتهما، وإن

صدقها، حكم عليه لكل واحد بثمنه فليزمه لهمان ثمنان، لإمكان ابتياعه من كل واحد منهما، وإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، لزمه ثمنه للمصدق، وحلف المكذب، ويبرىء بيمينه وإن نكل عنها ردت على المكذب، وحكم له عليه بالثمن إذا حلف فيصير ملتزماً لثمنه في حق الأول بإقراره، وملتزماً بثمنه في حق الثاني بيمينه.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين، والحكم لمن قرع منهما، ويبطل حكم المقروعة بالقارعة، وفي إحلاف من قرعت بينته. قولان: يحلف في أحدهما إن جعلت القرعة مرجحة للدعوى، ولا يحلف في القول الآخر إن جعلت مرجحة للبينة.

والقول الثالث: استعمال البينتين، وقسم الثوب المبيع بينهما نصفين، فيصير كل واحد منهما بائعاً لنصفه بنصف الثمن فيكون الثمن بينهما، كما جعل الثوب بينهما، ولا خيار لمشتريه لأن الصفقة لم تتبعض عليه، وإنما تبعضت في حق بائعه فإن طلب كل واحد من البائعين، إحلاف المشتري بعد استعمال البينتين كان له إحلافه، لأنه لو صدقه لزمه دفع الباقي من ثمنه.

فصل: والحال الثالثة: أن تكون البينتان مطلقتين، أو إحداهما فيحتمل أن يحمل إطلاقهما على التعارض، ويحتمل أن يحمل على الإمكان. فاختلف أصحابنا فيما يحمل عليه. هذا الإطلاق على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين: أنه يحمل على الإمكان، ويقضى على المشتري بالثمنين، لجواز أن يكون إطلاقهما في وقتين.

وإذا أمكن استعمال البينتين على الصحة، لم يجز أن يحملا على التعارض.

والوجه الثاني: أنه يحمل إطلاقهما على التعارض في وقت واحد، لأن الأصل براءة ذمة المشتري فلا يضمن بأمر محتمل، وإذا حكم بتعارضهما على هذا الوجه كان على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: إسقاطها.

والثاني: الإقراع بينهما.

والثالث: استعمالهما.

فصل: فأما المزني فإنه تكلم على فصلين:

أحدهما: إيجاب الثمنين فإن أراد به مع اختلاف الوقتين فهو صحيح مسلم، وإن أراد به مع اجتماع العقدين في وقت واحد فهو باطل مردود لامتناعه.

وإن أراد به مع الإطلاق، فهو أصح الوجهين، وإن تورّع فيه.

وأما الفصل الثاني: فهو أنه جعل الشهادة عليه بمشاهدة العقدين، كالشهادة على إقراره بالعقدين، ولو قامت البينتان على إقراره بالعقدين، لزمه الثمنان، سواء أقر بهما في وقت، أو وقتين، كذلك الشهادة عليه بمشاهدة العقدين تقتضي أن تكون موجبة لالتزام الثمنين، سواء كانتا في وقت، أو وقتين وهذا الجمع بينهما في الوقت الواحد فاسد، لأنه يصح أن يقر في الوقت الواحد بعقدين، ولا يصح أن يباشر في الوقت الواحد فعل عقدين، فصح الإقرار بهما في الوقت الواحد، لإمكانه، وبطل العقد عليه في الوقت الواحد، لامتناعه. وقد يجوز أن يكون في الإقرار تعارض في موضع، وهو أن تتفق الشهادتان على أنه أقر مرة واحدة لواحد، ثم اختلفا فيمن أقر له، فشهدت إحداهما أن إقراره كان لزيد، وشهدت الأخرى أن إقراره كان لعمرو، فتتعارض الشهادتان في الإقرار، كما تعارضت في العقد، فيحمل تعارضهما على الأقاويل الثلاثة في الموضعين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ:** «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا العَبْدَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَقَامَ العَبْدُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ سَيِّدُهُ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ أَعْتَقَهُ وَلَمْ يُوَقِّتِ الشُّهُودَ فَإِنِّي أُبْطِلُ البَيِّنَتَيْنِ لأَنَّهُمَا تَضَادَّتَا وَأُحْلِفُهُ مَا بَاعَهُ وَأُحْلِفُهُ مَا أَعْتَقَهُ (قال المُزَنِيُّ) قَدْ أَبْطَلَ البَيِّنَتَيْنِ فِيمَا يُمْكِنُ أَنْ تَكُونَا فِيهِ صَادِقَتَيْنِ فَالقِيَاسُ عِنْدِي أَنَّ العَبْدَ فِي يَدَيْ نَفْسِهِ بِالحُرِّيَّةِ كَمُشْتَرٍ قَبَضَ مِنَ البَائِعِ فَهُوَ أَحَقُّ لِقُوَّةِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا بَيِّنَةً وَالشَّيْءُ فِي يَدَيْ أَحَدِهِمَا كَانَ أَوْلَى بِهِ لِقُوَّةِ السَّبَبِ وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد في ملك سيده، ادعاه رجل أنه ابتاعه بألف درهم دفعها إليه، وأقام به بينة، وادعى العبد أن سيده أعتقه في ملكه، وأقام به بينة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في البينتين تاريخ يدل على تقدم إحداهما على الأخرى، فيحكم بشهادة المتقدمة دون المتأخرة، فإن تقدم البيع على العتق، حكم به مبيعاً، وأبطل أن يكون معتقاً، لأنه أعتقه بعد زوال ملكه عنه بالبيع، وإن تقدم العتق على البيع، حكم بعتقه وبطل بيعه، لأنه باعه بعد زوال ملكه عنه، بالعتق، وأخذ برد الثمن على مشتريه، لقيام البينة بعتقه.

والضرب الثاني: أن لا يكون في البينتين بيـان يدل على تقدم إحداهما على الأخرى، إما لإطلاقهما، وإما لتاريخ إحداهما، وإطلاق الأخرى، وإما لاجتماعهما في التاريخ على وقت واحد فتضاد اجتماعهما فيه، فتصير البينتان في هذه الأحوال الثلاث متعارضتين وهي في اجتماع التاريخ متكاذبتين، وفي إطلاقـه غير متكاذبتين،

والحكم في تعارضهما، سواء إذا لم يكن فيهما بيان، وإذا كانت على هذا التعارض. فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون في يد سيده.

والثانية: أن يكون في يد مدعي الشراء، فإن كان في يد سيده فقد اختلف أصحابنا هل يكون تقديمه لإحدى البينتين مرجحاً. أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، تترجح البينة. بتصديقه، لأنه ذو يد مالكة. فعلى هذا إن صدق بينة المشتري على ابتياعه، حكم به مبيعاً، وسقطت بينة عتقه، ولا يمين للعبد على سيده، لأنه لو اعترف له بالعتق بعد بيعه، لم يغرم، فلم يلزمه أن يحلف وإن صدق بينة العبد على عتقه، حكم بعتقه، وسقطت بينة بيعه، وهل لمشتريه أن يرجع بثمنه ببينته بعد ردها في بيعه؟ على قولين:

أحدهما: يرجع بثمنه إذا قيل: إن ردّها في البعض لا يوجب ردها في الكل، فعلى هذا لا يمين للمشتري على البائع في إنكاره لبيعه، لأنه لو اعترف بعد العتق لم يلزمه إلا رد الثمن، وقد رُد.

والقول الثاني: أنه لا يرجع بثمنه بالبينة إذا قيل: إن رد البينة في البعض، موجب لردها في الكل، فعلى هذا يستحق المشتري إحلاف البائع على إنكاره، لأنه لو اعترف له بعد العتق، لزمه رد الثمن لأن اليمين تستحق في الإنكار إذا وجب العوض بالإقرار ويسقط في الإنكار إن سقط الغرم بالإقرار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران، وجمهور أصحابنا أنه لا تترجح واحدة من البينتين بتصديق البائع، لأن كل واحدة منهما تشهد بزوال ملكه، ورفع يده.

فعلى هذا يتحقق تعارض البينتين. وقال المزني: لا تعارض فيها، ويحكم ببينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، فصارت يمينه بينة داخل، وبينة المشتري بينة خارج؛ فقضى ببينة الداخل على بينة الخارج.

وهذا ليس بصحيح، لأن العبد لا يصح أن تكون له يد على نفسه، لأن اليد عليه فامتنع أن تكون اليد له ألا تراه لو ادعاه على سيده أنه أعتقه، وأنكره السيد لم يقبل قوله على السيد، ولو كان في يد نفسه، قبل قوله عليه، أو لا ترى لو تنازع ابتياعه رجلان، فصدق أحدهما لم يؤثر تصديقه ولو كانت له يد على نفسه لكان تصديقه مؤثراً. وأما الحر فقد اختلف أصحابنا. هل تكون له على نفسه يد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: تكون له يد على نفسه، إذ ليس عليه يد لغيره.

أوَ لاَ ترى أن من ادعى لقيطاً عبداً، فاعترف له بالرق، كان عبداً له. ولو أنكره

كان حراً، ولم يكن عبداً، ولو لم يكن في يد نفسه لما أثر إقراره، وإنكاره، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين من أصحابنا. أنه لا يد للحر على نفسه، لأن اليد تستقر على الأموال ولا حكم لها فيما ليس بمال، فلم يكن له على نفسه يد، كما لم تكن لغيره عليه يد، وليس يقبل قول اللقيط، لأن له يداً على نفسه، ولكن لنفوذ إقراره على نفسه، فلم يصح ما قالوه.

فصل: فإذا صح أن لا يد للعبد على نفسه، صح فيه تعارض البينتين وفي تعارضهما ثلاثة أقاويل:

أحدهما: إسقاطهما، ويرجع إلى السيد في تكذيبهما، أو تصديق أحدهما فإن كذبهما، حلف لكل واحد منهما، وكان العبد موقوفاً على ملكه، ولا يلزمه رد الثمن بالبينة، لأنها قد أسقطت في كل ما شهدت به، وإن صدق العبد دون المشتري، عتق العبد، وحلف المشتري، لأنه لو صدقه بعد تصديق العبد، غرم له الثمن، وإن صدق المشتري ملك العبد بالشراء، ولم يحلف للعبد لأنه لو صدقه بعد تصديق المشتري، لم يلزمه غرم.

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين والقرعة في هذا الموضع قوية، لأنها يتميز بها حرية، ورق.

فعلى هذا إن قرعت بينة المشتري حكم له بابتياعه، وفي إحلافه مع قرعته قولان. إن قرعت بينة العبد، حكم بعتقه، ولزمه رد الثمن على المشتري، لأن بينته لم تسقط وإنما ترجح غيرها فوقفت.

والقول الثالث: استعمال البينتين. فاختلف أصحابنا في صحة تخريجه في هذا الموضع على وجهين:

أحدهما: لا يصح تخريجه، لأن سراية العتق تسقط حكم القسمة.

والوجه الثاني: يصح تخريجه في هذا الموضع؛ لأن استعمالهما لا يسقط بما يحدث عن القسمة بهما، فعلى هذا يجعل نصفه مبيعاً على المشتري بنصف الثمن، ويكون فيه لأجل تفريق الصفقة بالخيار بين إمضاء البيع فيه بنصف ثمنه، واسترجاع نصفه الباقي، وبين فسخه، واسترجاع جميع ثمنه، فإن فسخ، حكم بعتقه على سيده، لأنه قد عاد إلى ملكه، وقد شهدت عليه البينة بعتقه، وإنما جعل نصفه مبيعاً لمزاحمة المشتري ببينته، فإذا زالت مزاحمته بفسخه زال سبب التبعيض فعتق الجميع، وإن أقام على البيع في نصفه ولم يفسخ، اعتبر حال البائع، فإن كان معسراً بقيمة نصفه لم يسر

العتق إلى نصفه المبيع، وكان على رقه لمشتريه. وإن كان موسرا بقيمته، ففي سراية عتقه ووجوب تقويمه عليه وجهان:

أحدهما: يقوم عليه ويسري العتق إلى جميعه، لأنه لو عاد إليه بالفسخ عتق عليه.

والوجه الثاني: أن لا يقوم عليه، ولا يسري العتق إليه، لأنه منكر لعتقه، وإنما أخذ جبراً بعتق ملكه فلم يسر إلى غير ملكه وصار في عود النصف المبيع بالفسخ كمن ورث أباه، لم يعتق عليه، لأنه ملكه بغير اختياره في عوده إليه بالفسخ لم يستقر عليه لغيره ملك فعتق عليه الجميع من غير تبعيض.

فصل: فأما إذا تعارضت البينتان، وكان العبد في يد المشتري ففي ترجيح بينته بيده وجهان:

أحدهما: يرجح بيده، لأن بينته بينة داخل، وبينة العبد بينة خارج، فوجب أن يقضي ببينة المشتري في ابتياع جميعه، وتبطل بينة العتق، وليس للعبد إحلاف سيده، لأنه لا غرم عليه لو أقر له.

والوجه الثاني: ترجح بينته بيده، لأنه قد أضاف ملكه إلى سببه، فزال بذكر السبب حكم اليد، ويتفرع على هذين الوجهين إذا تنازع رجلان في ابتياع عبد من رجل، وأقام أحدهما البينة أنه ابتاعه منه، وقبضه، وأقام الآخر البينة أنه ابتاعه منه ولم يقولوا: إنه قبضه، فإن رجحت البينة باليد رجحت بالقبض، وإن لم ترجح باليد، لم ترجح بالقبض وقد نص الشافعي على أنها ترجح بالقبض، لأن البيع بالقبض منبرم وقبل القبض متردد بين سلامة المبيع، فيبرم أو تلف فيبطل فكان ترجيحه بالقبض دليلاً على ترجيحه باليد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَقْبَلُ البَيِّنَةَ أَنَّ هَذِهِ الجَارِيَةَ بِنْتُ أَمَتِهِ حَتَّى يَقُولُوا وَلَدَتْهَا فِي مِلْكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى جارية في يد غيره أنها بنت أمته وأقام البينة على أنها بنت أمته لم يقض له بملكها، لأنه قد يجوز أن تلدها الأم قبل أن تملك الأم، وهكذا لو ادّعى ثمرة، وأقام البينة أنها ثمرة نخلته، لم يقض له بملك التمرة لجواز أن يكون ملك النخلة بعد حدوث الثمرة.

وهكذا لو ادعى صوفاً، وأقام البينة أنه من صوف غنمه، لم يقض له بالصوف لجواز أن يملك الغنم بعد جزاز الصوف، فصارت البينة غير مثبتة، فلذلك لم يقض بها فإن شهدوا أنها بنت أمته ولدتها في ملكه، وفي الثمرة أنها ثمرة نخلته أثمرتها في

ملكه، وفي الصوف أنه من غنمه جزٌ في ملكه، قضى له بملك الجارية والثمرة، والصوف لأن من ملك أصلاً، ملك ما حدث عنه من النماء.

ألا ترى أن المغصوب منه يستحق نماء ملكه مع استرجاء أصله، فصارت الشهادة بهذا شهادة بالملك، وسببه، فكانت أوكد من الشهادة، بمجرد الملك.

فإن قيل: فهذه شهادة بملك متقدم، وليست شهادة بملك في الحال، فصار كشهادتهم أن هذه الجارية كان مالكاً لها في السنة الماضية، فلا يوجب ذلك أن يحكم له بملكها، فكذلك في الولادة.

قيل: قد نص الشافعي أن الشهادة بقديم الملك لا توجب الملك في الحال والشهادة بقديم الولادة والنتاج يوجب الملك في الحال فاختلف أصحابه في اختلاف النصين مع تشابه الأمرين فكان البويطي، وابن سريج، يحملانه على اختلاف قولين:

أحدهما: يحكم بالملك في الشهادة بقديم الملك، والشهادة بالولد، والنتاج على ما نص عليه في النتاج، استصحاباً لثبوته.

والقول الثاني: أنه لا يحكم له بالملك في الشهادة بقديم الملك، والشهادة بالولد، والنتاج، على ما نص عليه في الشهادة بقديم الملك، لأن الملك المتقدم قد يزول بأسباب فلم توجب ثبوت الملك في الحال.

وكان أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، وأكثر المتأخرين، يمنعون من تخريج ذلك على قولين، ويحملون جواب الشافعي على ظاهره في الموضعين، فيحكمون له بملك الولد والنتاج، إذا شهدوا له بحدوث الولادة، والنتاج في ملكه، ولا يحكمون له بملكهما، إذا شهدوا له بقديم ملكه، وفرقوا بينهما من وجهين:

أحدهما: أنهم شهدوا في الولادة والنتاج بأنه نماء ملكه، ونماء ملكه لا يجوز أن يكون لغيره، كما لو شهدوا له بغصب ماشية نتجت، ونخل أثمرت، ملك به النتاج، والثمرة، وليس كذلك شهادتهم بقديم الملك، لتنقل أحواله من مالك إلى مالك.

والثاني: أن النتاج لما لم يتقدمه فيه مالك، صار في تملكه أصلاً، وقديم الملك، لما تقدمه فيه مالك، صار في تملكه فرعاً وحكم الأصل أقوى من حكم الفرع.

فإن قيل: فليس يمتنع أن يحدث الولد لغير مالك الأم كالموصي إذا وصى بأمته لزيد وتحملها لعمرو، فإنها تلده في ملكه، وليس يملكه.

قيل: هذا نادر أخرجته الوصية عن حكم أصله، فصار كالاستثناء الذي لا يمنع جوازه من استعمال أصله على العموم قبل وروده.

فصل: وإذا شهدوا أن هذه الجارية بنت أمته، ولدتها بعد ملكه، ولم يقولوا ولدتها في ملكه، لم يحكم له بملك الجارية، لأنه قد يجوز أن يكون باعها فولدت بعد ثم عاد فابتاعها، أو يكون قد باعها فولدت عند مشتريها، ثم أفلس بها، فارتجعها البائع دون ولدها، فلذلك لم تقم البينة بملكها، ولو شهدوا أنها بنت أمته، أخذها هذا من يده كانت شهادة له باليد، دون الملك فيحكم له برد الجارية عليه يداً لا ملكاً.

ولو شهدوا أنها بنت أمته، وكانت أمس في يده، فمذهب الشافعي المشهور من قوله: أنه لا يحكم له باليد إذا شهدوا له بيد متقدمة، وإن حكم له بالملك إذا شهدوا له بملك متقدم على أحد القولين، وكان البويطي، وابن سريج، يجمعان بين الشهادة بقديم اليد، وقديم الملك، في الحكم بهما على أحد القولين، وقد ذكرنا من فرق أصحابنا بين قديم اليد، وقديم الملك، ما يمنع من الجمع بينهما.

وفرع ابن سريج على الجمع بين قديم اليد، وقديم الملك في الحكم بهما على أحد القولين، أن يتنازعا الجارية فيقر صاحب اليد أنها كانت في يد مدعيها أمس.

قال ابن سريج إن قيل بأن قيام البينة بأنها كانت بيده أمس يوجب الحكم لها باليد، فإقرار صاحب اليد أولى بالحكم.

وإن قيل: إن قيام البينة لا يوجب الحكم له باليد، ففي إقرار صاحب اليد به وجهان:

أحدهما: أن إقراره لا يوجب الحكم به كما لا يجب بالبينة، لاستوائهما في ثبوت الحكم بهما.

والوجه الثاني: أننا نحكم على صاحب اليد بإقراره، وإن لم يحكم عليه بالبينة.

وتنقل اليد إلى المدعي بالإقرار، وإن لم تنقل إليه بالبينة، لتقدم الإقرار على البينة المكذبة له فأما إن أقر صاحب اليد أن المدعي كان مالكاً لها بالأمس، حكم له بالملك قولاً واحداً وإن كان الحكم بالبينة على قولين، لقوة الإقرار على البينة ويكون الإقرار بالملك أقوى من الإقرار باليد.

فصل: وإذا تنازع رجلان في يد كل واحد منهما جارية، فادعى كل واحد منهما الجارية، التي في يد صاحبه، أنها بنت الجارية التي في يده، ولدت على ملكه، ويقيم كل واحد منهما البينة على ما يدعيه وهذا يكون مع اشتباه الأسنان، وأن كل واحدة منهما يحتمل أن تكون أماً، ويحتمل أن تكون بنتاً فتصير الشهادتان متعارضتين في الولادة دون الملك، لأنه يستحيل أن تكون كل واحدة منهما بنت الأخرى، فصارتا في الولادة متعارضتين، ولم يتعارضا في الملك، لأن بينة زيد شهدت له بملك الجارية

التي في يد عمرو وبينة عمرو شهدت له بملك الجارية التي في يد زيد فلم يكن فيها تعارض في الملك، وإن تعارضتا في الولادة فيحكم لكل واحد منهما ببينته وتسلم الجارية التي في يد زيد إلى عمرو، والجارية التي في يد عمرو إلى زيد، ولا يكون تعارضهما في الولادة موجباً لتعارضهما في الملك، وكان التعارض في الولادة أقوى، ولا يحمل على رد البينة في الكل، إذا ردت في البعض، لأن الولادة هاهنا لم تؤثر في الحكم فكان وجودها كعدمها، ولو كانت المسألة بحالها، فادعى كل واحد منهما على صاحبه، فقال: أنا مالك للجارية التي في يدي، والجارية التي في يدك، وهي بنت الجارية التي هي في يدي، وأقام على ذلك بينة صارت الشهادتان متعارضتين في الولادة والملك جميعاً، لأنه يستحيل أن تكون كل واحدة منهما بنت الأخرى، فتعارضت في الولادة، ويستحيل أن تكون الجاريتان معاً ملكاً لكل واحد منهما، فتعارضت في الملك، فتكون على الأقاويل الثلاثة في تعارض البينتين، فإن زال الاشتباه في سن الجاريتين بان من يحق أن تكون بنت الأخرى لصغر سنها، وكبر الأخرى، تعين بها كذب إحدى البينتين في الولادة، فردت شهادتهما في الملك، وحكم بشهادة الأخرى في الولادة والملك، وزال به حكم التعارض.

فصل: وإذا تنازعا شاة مذبوحة وكان في يد أحدهما رأسها وجلدها وسقطها، وفي يد الآخر مسلوخها، وادعى كل واحد منهما أن جميعها له، وأقام على ذلك بينة حكم لكل واحد منهما بملك ما في يده، لأن له بما في يده بينة داخل، وفيما بيد صاحبه بينة خارج، فقضى ببينة الداخل على بينة الخارج.

وحكم أبو حنيفة لكل واحد منهما، بما في يد صاحبه، لأنه يقضي ببينة الخارج على بينة الداخل، ولو كان كل واحد منهما يدعي تلك الشاة، وأنها نتجت في ملكه، وأقام بها بينة وأمضى أبو حنيفة على أنه يحكم لكل واحد منهما بملك ما في يده، لأنه موافق على القضاء ببينة الداخل في النتاج، ويخالف في غيره، فيقضي ببينة الخارج في غير النتاج.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّ هَذَا الغَزْلَ مِنْ قُطْنِ فُلَانٍ جَعَلْتُهُ لِفُلَانٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا شهدوا أن هذا الغزل من قطن زيد، كانت شهادة بملك زيد للغزل، لأنه عين القطن وإن غيرته الصنعة، بخلاف شهادتهم أن هذه الجارية بنت أمته لأنها غير أمته.

وهكذا لو شهدوا أن هذا الثوب من غزل زيد كانت شهادة له بملك الثوب، لأنه القطن بعينه، وإن تغير بالغزل والنساجة.

وجعلها أبو حنيفة شهادة بالقطن، دون الثوب، والغزل، وبنى ذلك على أصله أن الغاصب إذا عمل في المغصوب بما يغير عن حاله، كان أحق به من مالكه وغرم له بدل أصله، وقد مضى الكلام معه في الغصب، وأن مالكه أحق به من غاصبه.

فعلى هذا إن كانت قيمة الثوب منسوجاً أكثر من قيمته غزلاً، وقطناً، وهو الأغلب لم يرجع صاحب اليد بزيادته على المالك.

وإن كان أقل وهو نادر، رجع المالك بنقصانه على صاحب اليد من أكثر قيمته قطناً، أو غزلاً، وهكذا القول في نظائر هذا إذا شهدوا أن هذا الدقيق من حنطة زيد، وهذه الدنانير من ذهبه، وهذه الدراهم من فضته، وهذه النخلة من نواته، وهذا الزرع من بذره، كانت له شهادة بملك ذلك، سواء كان بعمل صاحب اليد، أو بغير عمله، وعند أبي حنيفة: إن تغير بعمل صاحب اليد ملكه

فعلى هذا يقول إن نبتت النواة نخلة بنفسها، ونبت البذر في الأرض بنفسه، كان لمالكه، وإن كان بعمل صاحب اليد، كان له، ويقول في رجل غصب دجاجة فباضت بيضتين حضنت الدجاجة إحداهما حتى صارت فرخاً وحضن الغاصب الأخرى، إما تحت الدجاجة، أو تحت غيرها حتى صارت فروجاً كان الفرخ الأول لمالك الدجاجة، والفروج الثاني للغاصب.

وجميع ذلك كله عندنا لمالك أصله على ما بيناه.

ولكن لو شهدوا أن هذا الزرع من ضيعته، لم يكن ذلك شهادة له بملك الزرع، لأنه قد يجوز أن يكون زرع أرضه لغيره، وهذا مما اتفقنا نحن وأبو حنيفة عليه.

فإن قيل: أفتكون هذه شهادة له باليد على الزرع نُظِر، فإن لم يقولوا زرع فيها، وهي على ملكه لم تكن شهادة له باليد، لجواز زرعه فيها، وحصاده قبل ملكه ويده وإن قالوا: زرع وحصد في ملكه، كانت شهادة له بيد متقدمة فيكون عند البويطي، وابن سريج، على قولين كالشهادة بالملك القديم يوجب ثبوت يده في الحال، وإحلافه على الزرع أنه ملكه.

والثاني: لا يوجب ثبوت يده، ولا يحلف على ملكه.

والذي عليه أصحابنا أنه لا يحكم له باليد قولاً واحداً لما بيناه، ولا يحلف عليه، ويكون القول فيه قول صاحب اليد في الحال مع يمينه، فإن أقام صاحب الأرض بأداء خراجه أو بدفع عشره إلى المستحق لقبض خراجه وعشره لم يملكه، لأنه قد ينوب في أدائه عن مالكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ فِي يَدَيْهِ صَبِيٌّ صَغِيرٌ يَقُولُ: هُوَ عَبْدِي فَهُوَ كَالثَّوْبِ إِذَا كَانَ لَا يَتَكَلَّمُ».**

قال الماوردي: وجملته أنه لا يخلو حال هذا الموجود، إذا ادعاه الواجد عبداً من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بالغاً عاقلاً، فتعتبر حاله فإن أنكر الرق، وقال أنا حر، فالقول قوله مع يمينه، ولا تقبل دعوى واجده في ادعائه، لأن الأصل الحرية، والرق طارىء، فكان الظاهر معه فلو عاد بعد إنكاره للرق، فأقر لواجده بالرق لم يقبل إقراره وكان على الحرية حتى يقيم مدعيه بينةً برقه، لأن من أقر بالحرية لم يقبل إقراره بالرق وإن كان هذا أقر بالرق حين أخذه الواجد، وأنكر أن يكون مملوكاً لهذا الواجد المدعي لرقه، فلا اعتبار بإنكاره، لأن العبد لا يد له على نفسه، ويقر في يد مدعيه، لأنه ليس له منازع فيه ويجبر العبد على المقام معه، فإن حضر من ادعاه، ونازعه فيه كان للأول يد، وليس للثاني يد، فيكون القول فيه قول الأول مع يمينه لثبوت يده قبل منازعته إلا أن يقيم الثاني بينة، فيحكم أنه عبد للثاني، لأن البينة أولى من اليد، فإن أقام الأول بينة كان أحق به من الثاني، لأن للأول بينة داخل، وللثاني بينة خارج.

ولو تنازعه في الحال رجلان، ولم يكن لأحدهما عليه يد، وأقام كل واحد منهما بينة بأنه عبده، فصدق العبد أحدهما لم تترجح بينته بتصديقه، وتعارضت فيه البينتان، فيكون على الأقاويل الثلاثة.

ولو تنازعه رجلان، ولا بينة لأحدهما فصدق أحدهما في رقه، وكذب الآخر، وأنه مملوك له دون الآخر، كان عبداً للمصدق منهما دون المكذب.

وقال أبو حنيفة: يكون عبداً لهما يشترك فيه المصدق، والمكذب، لأنه قد صار باعترافه بالرق لأحدهما مملوكاً ولا اعتبار باعتراف المملوك، وإنكاره.

وهذا ليس بصحيح، لأنه حر في الظاهر، وإنما صار مملوكاً باعترافه فاقتضى أن يكون مملوكاً لمن اعترف به.

ولو كان معترفاً بالرق قبل اعترافه لأحدهما، ثم صدق أحدهما وكذب الآخر كان بينهما.

فصل: والحال الثانية: أن يكون المدعى رقه صغيراً غير مميز، فيحكم برقه لمدعيه يداً، لأنه لا منازع له فيه، وليس ببالغ فيُعْرِبَ عن نفسه، فإن بلغ هذا العبد، وأنكر الرق، وادعى الحرية لم تقبل دعواه إلا ببينة تشهد له بالحرية، فإن طلب إحلاف

سيده، أحلف له ولو كان هذا صغيراً فاستخدمه الواجد، ولم يدع في الحال رقه حتى بلغ، ثم ادعى رقه بعد بلوغه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني، يحكم له برقه بغير بينة لأن يده عليه، فقبل قوله فيما بيده.

والوجه الثاني: أن دعواه إذا تأخرت عن الصغر، صارت مستأنفة عليه بعد الكبر، ودعواه بعد الكبر لا تقبل، إلا ببينة وهذا أظهر الوجهين عندي.

فصل: والحال الثالثة: أن يكون هذا المدعى رقه مراهقاً مميزاً، وليس ببالغ ففي ثبوت رقه بمجرد الدعوى وجهان:

أحدهما: يحكم له برقه عبداً له، ولا يؤثر فيه إنكاره قبل بلوغه، ولا بعد بلوغه إلا ببينة تشهد بحريته، لأن حكم ما قبل البلوغ في ارتفاع العلم سواء.

والوجه الثاني: أن الحكم برقه موقوف على إقراره، وإنكاره فإذا اعترف له بالرق، حكم له بعبوديته، وإن أنكر الرق حكم له بالحرية، ولا يحلف على إنكاره، إلا بعد بلوغه، ولا يمتنع أن يكون لقوله قبل البلوغ حكم، وإن لم يجر عليه قلم، كما يخيَّر قبل البلوغ بين أبويه، ويصح منه فعل الصلاة، وإن لم تلزمه، ويسمع خبره في المراسلات، والمعاملات، ويشبه أن يكون هذان الوجهان من اختلافهم في صحة إسلامه بعد مراهقته، وقبل بلوغه وكلام الشافعي هاهنا في قوله: «إذا كان لا يتكلم» دليل على أنه إذا كان يتكلم بالمراهقة والتمييز أن يعتبر إقراره وإنكاره، وقد تأوله من قال بالوجه الأول أن معناه إذا كان ممن لا حكم لكلامه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ ابْنُهُ جَعَلْتُهُ ابْنَهُ وَهُوَ فِي يَدَيْ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ».

قال الماوردي: يعني الصغير إذا ادعاه رجل عبداً، وحكم له برقه بمجرد دعواه، ثم ادعاه رجل آخر ولداً، وأقام بينة بأنه ولده صار ابناً له، ولم يزل عنه رق الأول، لأنه لا يمتنع أن يكون ابن زيد عبداً لعمرو، لأنه يجوز أن يكون قد ولد له من أمة تزوجها، فيكون له ابناً، وهو مملوك لسيد الأم فلم يتنافى لحوق نسبه، وثبوت رقه، إلا أن تشهد بينة المدعي لنسبه، أنه ولد له من حرة تزوجها، أو من أمة ملكها فيكون الولد حراً، لأنه لا يجوز أن يولد الحر من الحرة إلا حراً، ومن أمته إلا حراً، ولو كان مدعي أبوته لم يقم البينة بها فصدقه الولد عليها فالصحيح من المذهب أنه يثبت نسبه بتصديقه، وإن كان على رقه لمدعي عبوديته، لأنه لا حق للسيد في نسب العبد فنفذ فيه إقرار العبد.

وفيه وجه آخر؛ أنه لا يثبت النسب بتصديقه لما فيه من الضرر العائد على سيده، بأن يصير بعد عتقه موروثاً بالنسب، دون الولاء وفيه ضرر على السيد في إبطال ميراثه بالولاء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ لاَ يَدَّعِيهَا فَأَقَامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أَنَّ نِصْفَهَا لَهُ وَآخَرُ البَيِّنَةُ أَنَّ جَمِيعَهَا لَهُ فَلِصَاحِبِ الجَمِيعِ النِّصْفُ وَأُبْطِلُ دَعْوَاهُمَا فِي النِّصْفِ وَأُقْرِعُ بَيْنَهُمَا (قال المزني): فَإِذَا أَبْطَلَ دَعْوَاهُمَا فَلاَ حَقَّ لَهُمَا وَلاَ قُرْعَةَ وَقَدْ مَضَى مَا هُوَ أَوْلَى بِهِ فِي هَذَا المَعْنَى».

قال الماوردي: وجملته أن مقيم البينة بجميعها إذا تورع فيها بإقامة البينة في نصفها، فقد سلم له نصفها، لأنه لا تنازع فيه، ولا تعارض، وإنما تتعارض بينتاهما في النصف الآخر، فيكون تعارضهما فيه على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: إسقاطهما فيه، ويخلص لصاحب الكل النصف، ولا يحمل على القولين إذا ردت الشهادة في البعض، أن ترد في الكل، لأن مقيم البينة بالنصف قد سلم لصاحب الكل النصف، فخرج من النزاع ولم يفتقر إلى البينة فعلى هذا لا يخلو صاحب اليد من أحد أمرين: إما أن يدعيها ملكاً، أو لا يدعيها.

فإن ادعاها ملكاً، زال ملكه عن نصفها المحكوم به لمدعي الكل وفي رفع يده عن النصف الآخر الذي تعارضت فيه البينة، حتى سقطت وجهان:

أحدهما: تقر في يده، ولا تنتزع لسقوط البينتين بالتعارض، ويصير فيه خصماً للمتنازعين.

والوجه الثاني: أن تنتزع من يده، لاتفاق البينتين على عدم ملكه، وليس تعارضهما من حقه، وإنما تعارضهما في حق المتنازعين وهي غير متعارضة في حق صاحب اليد، وإن لم يدعها ملكاً رفعت يده، لتنازع غيره في ملكها، لتوقف على المتنازعين فيه، فيتحالفان على النصف، الذي وقع فيه التعارض عند إسقاط البينتين فيه، فإن حلفا جعل بينهما وصار لمدعي الكل ثلاثة أرباعها ولمدعي النصف ربعها، وإن نكلا حكم لصاحب الكل بالنصف وكان النصف الباقي موقوفاً، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى به للحالف منهما دون الناكل، فإن كان الحالف صاحب الكل، قضى له بجميع الدار وإن كان صاحب النصف كانت الدار بينهما.

والقول الثاني: يقرع بينهما مع التعارض، فإن قرعت بينة صاحب الكل سلم إليه جميع الدار، وفي إحلافه قولان، وإن قرعت بينة صاحب النصف، جعلت الدار بينهما نصفين، وفي إحلافه قولان ويدفع عنها صاحب اليد، سواء ادعاها ملكاً أو لم يدعها.

والقول الثالث: استعمال البينتين، وقسم النصف بينهما نصفين، فيصير لصاحب الكل ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها، وصاحب اليد مدفوع بها.

فصل: فأما المزني، فإنه لما قال الشافعي: «أبطل دعواهما في النصف، وأقرع بينهما» اعترض عليه فقال: كيف يقرع بينهما فيما قد أبطل فيه دعواهما، وهذا الاعتراض فاسد، ولأصحابنا عنه جوابان:

أحدهما: أنه أبطل دعواهما في النصف الحاصل لمدعي الكل لأنه قد خلص له من غير تنازع فيه، وأقرع بينهما في النصف الآخر، ولم تبطل دعواهما فيه.

والجواب الثاني: أنه أبطل دعواهما إذا أسقط بينتهما، ويقرع بينهما إن لم يسقطهما، ويكون معنى الكلام، أبطل دعواهما، أو أقرع بينهما، لاختلاف قوله في تعارضهما.

فصل: وإذا كانت الدار في يدي رجل، فادعاها طالب، وأقام البينة على أنها ملك أجرها من صاحب اليد، أو أودعها، وأقام صاحب اليد بينة أنها ملكه حكمنا ببينة الخارج المدعي على بينة الداخل صاحب اليد، لأن بينة الخارج لما شهدت له، بأنه آجره إياها أو أودعها صارت اليد له، فصار الداخل خارجاً، والخارج داخلاً. ولو تداعاها رجلان، وهي في يد ثالث، فأقام أحدهما البينة أنها له أجره إياها، وأقام الآخر أنها له أودعه إياها صارت اليد لهما بما شهد لأحدهما أنه مؤجر، وللآخر أنه مودع، فصار لكل واحد منهما بينة داخل في النصف المضاف إلى يده، وبينة خارج في النصف المضاف إلى يد صاحبه، وقد تعارضت فيه البينتان، فإن أسقطتا، صارت الدار بينهما يداً إن حلفا أو نكلا وإن أقرع بينهما، جعلت لمن قرع منهما، وإن استعملتا في القسمة قسمت بينهما ملكاً.

فصل: فإذا كانت الدار في يد من يدعيها ملكاً، فنازعه فيها رجلان وأقام أحدهما البينة أنها ملكه منذ سنة وأقام الآخر البينة على هذا الأول أنه ابتاعها منه منذ خمس سنين فلا تمنع بينة الأول أنها له منذ سنة أن تكون له ملكاً قبل ذلك. بخمس سنين، فلذلك سمعت بينة الثاني على الأول، ووجب بها انتزاعها من صاحب اليد، ثم ينظر في بينة المدعي الثاني أنه ابتاعها من المدعي الأول، فإن شهدت بأنه باعها وكان مالكاً لها، حكم بها للثاني ملكاً، فإن شهدت أنه باعها وكانت في يده، حكم بها للثاني ابتياعها فجرى عليه حكم الملك؛ لأن الظاهر من اليد أنها لمالك، فتسلم الدار في هاتين الحالتين إلى المدعي الثاني وترفع عنها يد المدعي الأول.

ووافق أبو حنيفة عليهما. وإن شهدت بينة الثاني، أنه ابتاعها من الأول، ولم يشهدوا أنها كانت ملكاً للأول ولا في يده. قال أبو حنيفة: لا تنتزع من الأول، ولا تسلم إلى الثاني لأن البيع متردد، بين أن يكون قد باع ما في ملكه، أو ما في يده فيصح وبين أن يبيع ما ليس في ملكه، ولا يده فيبطل.

فلم يجز أن يحكم بصحة البيع، ورفع يد الأول، بمجوز متردد بين الصحة والفساد، وعند الشافعي أن يد الأول ترفع وتسلم الدار إلى الثاني ابتياعاً من الأول، لأن البيع في حقه صحيح إن ملك، ولا يقضي بها ملكه للثاني، وإن قضى له بابتياعها من الأول، فكان له فيها يد إن نوزع فيها، ترجح بيد لا بدفع بينة المنازع.

فصل: وإذا تنازعا داراً في يد غيرهما، وأقام أحدهما البينة أن الدار كانت له منذ سنة، وأقام الآخر البينة أن الدار كانت في يده منذ سنة، فإن لم تجعل الشهادة بقديم الملك موجبة للملك، وبقديم اليد موجبة لليد لم يحكم لواحد منهما، ورجع إلى صاحب اليد في تصديقهما أو تكذيبهما وإن جعلت الشهادة بهما موجبة للملك واليد في الحال، حكم بالدار لمن أقام الشهادة بقديم الملك، دون من أقامها بقديم اليد، وكذا لو أقامها بيد في الحال، لأن الملك أقوى من اليد، فلذلك حكم به على صاحب اليد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدَيْ ثَلَاثَةٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمْ النِّصْفَ وَالآخَرُ الثُّلُثَ وَآخَرُ السُّدُسَ وَجَحَد بَعْضُهُمْ بَعْضاً فَهِيَ لَهُمْ عَلَى مَا فِي أَيْدِيهِمْ ثُلُثاً ثُلُثاً».

قال الماوردي: وصورتها في دار في أيدي ثلاثة تداعوها، فادعى أحدهم نصفها ملكاً، وباقيها يداً بإجارة من مالك غائب، أو عارية، أو وديعة، وأنه لا ملك فيها لهذين ولا يد حق، وادعى الثاني ثلثها ملكاً وباقيها يداً بإجارة، أو عارية، أو وديعة لغائب، وأنه لا ملك فيها لهذين ولا يد لحق.

وادعى الثالث سدسها ملكاً وباقيها يداً بإجارة، أو عارية، أو وديعة لغائب، وأنه لا حق فيها لهذين، ولا يد بحق، وأنها كانت متأولة على هذه الصورة بما أشار إليه الشافعي من قوله «وجحد بعضهم بعضاً»، لأن كل واحد منهم لو لم يدع الباقي يداً لما كان بينهم تجاحد، ولكانوا متفقين على ما ادعوه ملكاً، ولكان لصاحب النصف النصف، وإن كان أكثر مما بيده، لأنه ليس في هذين الحاضرين من يدعيه ملكاً،

ولصاحب السدس السدس، وإن كان آقل مما في يده، لأنه ليس يدعي ما زاد عليه ملكاً ولكان لصاحب الثلث الثلث وهو قدر ما في يده، وليس يدعي ما زاد عليه ملكاً.

وإذا كان في المسألة بعد ما ذكروه من أملاكهم فيها تجاحد، لم يتصور إلا على ما ذكرناه، وأن كل واحد منهم ادعى ما ادعاه ملكاً، وادعى باقيها يداً وهم في أملاكهم متفقون، وفي أيديهم متجاحدون، وقد تساوت أيديهم عليها، وإن اختلفت أملاكهم فيها فتفرقت أيديهم أثلاثاً على ما أوجبه تساويهم، فينقص صاحب النصف عما زاد على الثلث، لأنه يدعيه ملكاً، وهو في يد غيره فلم تقبل دعواه، ويزاد صاحب السدس، باستكمال الثلث، لأن له فيه يداً يدعيه ملكاً لغائب. فأقرت يده عليه للغائب، لأنه منازع فيه بغير بينة، ولا يد، وصاحب الثلث لم يزد على ما ادعاه ملكاً ولم ينقص، لأن له في الثلث يداً، فلم ينقص وليس له فيما زاد عليه يد فلم يزد، فإن أراد كل واحد من الثلاثة إحلاف صاحبيه فيما ادعاه من استحقاق اليد في الجميع، نظرت دعوى يده فإن لم يتعلق له بها حق بحصة لأنه ادعاها إجارة ، كان له إحلافهما عليها، وإن ادعاها بعضهم وديعة وادعاها بعضهم إجارة، كان لمدعي الإجارة إحلافهما على العلم دون البت، لأنها يمين على نفي فعل الغير، ولم يكن لمدعي الوديعة إحلافهما.

فصل: وإذا تنازعا داراً في أيديهما، وادعى كل واحد منهما ملك جميعها، وعدما البينة، وتحالفا عليها، وحلف كل واحد منهما أنه مالك لنصفها، ولا يحلف أنه مالك لجميعها، وإن كان مدعياً لجميعها، لأننا نحكم عليه بيمينه على ما في يده، ولا نحكم عليه بيمينه على ما في يد منازعه، فكانت يمينه مقصورة على النصف، وإن كان مدعياً للكل، لأنه لا يجوزأن تتضمن يمينه ما لا يحكم له به، وذكر في كتاب الصلح وجهاً آخر أنه يحلف على الجميع اعتباراً بالدعوى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا كَانَتْ فِي يَدَي اثْنَيْنِ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً عَلَى الثُّلُثِ وَالآخَرُ عَلَى الكُلِّ جَعَلْتُ للأَوَّلِ الثُّلُثَ لأَنَّهُ أَقَلُّ مِمَّا فِي يَدَيْهِ وَمَا بَقِي لِلآخَرِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن اليد تترجح بها بينة صاحبها، وترفع بينة منازعها، فإذا كانت الدار في يدي رجلين تنازعاها، فأقام أحدهما البينة على أن له ثلثها، وأقام الآخر البينة على أن له جميعها، قُضِيَ لصاحب الثلث بثلثها، لأن له في اليد بينة ويداً، وله في السدس الزائد على الثلث يد، قابلتها بينة فرفعت بها، وقضي لصاحب الكل بالباقي، وهو الثلث، لأن له بنصفها بينة ويداً، وله بالسدس الزائد

على النصف بينة بلا يد، قابلتها يد بلا بينة، فقضي له ببينة على يد منازعه، فصار له ثلثاها، وللأول ثلثها، وسقط تعارض البينتين في الثلث باليد.

فصل: وإذا كانت دار في يد أربعة تقارعوها، فادعى أحدهم جميعها، وادعى الثاني ثلثيها، وادعى الثالث نصفها، وادعى الرابع ثلثها، فإن لم يكن لهم بينة، جعلت الدار بينهم أرباعاً باليد والتحالف، وإن كانت لهم بينة بما ادعوه جعلت بينهم أرباعاً بالبينة واليد من غير تحالف، لأن كل واحد منهم قد أقام بينة داخل فيما بيده وبينة خارج فيما بيد غيره، فحكم له ببينة الداخل دون الخارج، فصار الحكم فيها مع وجود البينة وعدمها سواء في القدر وإنما يختلفان في التحالف، ولو كانت بحالها في الدعوى، والدار في يد خامس، ليس لواحد منهم عليها يد، وأقام كل واحد منهم البينة على ما ادعاه، خلص لمدعي الكل الثلث الزائد على الثلثين، لأنه قد أقام عليه بينة لم تعارضها بينة غيره وتعارضت البينات في الثلثين الباقيين، فكان على الأقاويل الثلاثة في تعارض البينتين:

أحدها: إسقاطهما بالتعارض، والرجوع إلى صاحب اليد فإن ادعاها لنفسه حكم بها له بعد يمينه، وفي قدر ما يحكم له فيها قولان:

أحدهما: يحكم له أو بثلثيها، إذ قيل: إن البينة إذا ردت في بعض الشهادة لم ترد في باقيها، لأن البينة بالكل قد ردت في الثلثين فلم ترد في الثلث الباقي.

والقول الثاني: يحكم له بجميع الدار، إذا قيل: إن البينة إذا ردت في بعض الشهادة، ردت في جميعها، لأن البينة بالكل لما ردت في الثلثين ردت في الكل، وإن لم يدعها صاحب اليد وأقر بها لبعضهم، أو لجميعهم حملوا فيه على إقراره وفي إحلافه لهم قولان:

والقول الثاني: أن تعارض البينات يوجب القرعة دون الإسقاط، قيل هذا لا يعارض في الثلث الخالص لصاحب الكل، وترتيب القرعة في الثلثين ثلاث مراتب:

فالرتبة الأولى: أن تقرع في السدس الذي بين النصف والثلثين بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، لأنه قد تعارضت فيه بينتاهما، ولم يتعارض فيه بينة غيرهما، فمن قرعت فيه بينته، حكم له به.

والرتبة الثانية: أن تقرع في السدس الذي بين الثلث، والنصف بين ثلثه مدعي الكل، ومدعي الثلثين، ومدعي النصف، لأن بينة صاحب الثلث لم تعارضهم فيه، وتعارضت فيه بينة الثلاثة فمن قرع منهم حكم به له.

والرتبة الثالثة: الإقراع في الثلث الباقي بين الأربعة، لأن بينات جميعهم قد

تعارضت ويحكم به لمن قرع منهم.

والقول الثالث: أن تعارض البينات، يوجب استعمالها بالقسمة دون القرعة، فعلى هذا يقسم الثلثين بعد الثلث الخالص لصاحب الكل بين الأربعة الذين تعارضت فيهم البينة على ستة وثلاثين سهماً، هي مضروب ثلاثة في ستة في اثنين، وترتبت القسمة فيه ثلاث مراتب، كما ترتبت القرعة فيه ثلاث مراتب:

فالرتبة الأولى: قسمة السدس الذي بين النصف والثلثين، وهو ستة من ستة وثلاثين، تقسم بين صاحب الكل، وصاحب الثلثين، لأنه قد تعارضت فيه بينتاهما، ولم تتعارض فيه بينة غيرهما، فيكون لكل واحد منهما نصفه ثلاثة أسهم، وقد صار إلى صاحب الكل بالثلث اثنا عشر سهماً، فإذا انضم إليها هذه الثلاثة، صار له في الحالتين خمسة عشر سهماً، ولصاحب الثلثين ثلاثة أسهم، ثم يقسم السدس الذي بين الثلث والنصف أثلاثاً بين صاحب الكل، وصاحب الثلثين، وصاحب النصف، لأنه قد تعارضت فيه بيناتهم، ولم تتعارض فيه بينة صاحب الثلث، فيكون لكل واحد من الثلاثة سهمان من الستة فإذا ضمها صاحب الكل إلى ما حصل له في الحالتين، وهو خمسة عشر سهماً، صار له سبعة عشر سهماً، وإذا ضمها صاحب الثلثين إلى ما حصل له في الحالة الواحدة، وهو ثلاثة أسهم صار له خمسة أسوم، ولم يحصل لصاحب النصف إلا هذين السهمين.

والرتبة الثالثة[1]: قسم الثلث الباقي، وهو اثنا عشر سهماً بين الأربعة كلهم، لأنه قد اجتمع فيه تعارض بيناتهم كلهم، فيكون لكل واحد منهم ثلاثة أسهم، فإذا ضمها صاحب الكل إلى ما صار له، وهو سبعة عشر سهماً، صار له عشرون سهماً، وإذا ضمها صاحب الثلثين إلى ما صار له، وهو خمسة أسهم صار له ثمانية أسهم. وإذا ضمها صاحب النصف إلى ما صار له، وهو سهمان صار له خمسة أسهم، وينفرد صاحب الثلث بثلاثة أسهم ليس له غيرها، فإذا جمعت سهامهم، وهي عشرون سهماً لصاحب الكل، وثمانية أسهم لصاحب الثلثين، وخمسة أسهم لصاحب النصف وثلاثة أسهم لصاحب الثلث استوعبت ستة وثلاثين، وقسمت عليها الدار بينهم.

فصل: وإذا تنازع زيد وعمرو داراً في يد زيد فأقام عمرو البينة، أن الدار له انتزعت منه الدار، وسلمت إلى عمرو، فإن عاد زيد بعد انتزاع الدار من يده، فأقام البينة أن الدار ملكه، حكم له بالدار، وأعيدت إليه وإن لم يكن له في الحال يد، لأن زوال يده بينة خارج عرف سبب زوالها، وصارت له بينة مع يده، وهي بينة داخل فقضى بها على بينة الخارج.

---

(١) لم يذكر الرتبة الثانية.

ولو كانت المسألة بحالها، فأقام زيدٌ البينة والدار في يده، بأنه مالكها، وأقام عمرو البينة أنه ابتاعها من زيد، حكم بها لعمرو، لأن بينته قد أثبتت لزيد ملكاً، زال عنه إلى عمرو، بابتياعها، فكانت أزيد بياناً، وأثبت حكماً، فلو أقام زيد البينة والدار في يده، أنه مالكها، وأقام عمرو البينة أن حاكماً حكم له على زيد بملكها كشف عن حكم الحاكم بملكها لعمرو، فإن بان أنه حكم بها له، لأن زيداً لم يكن له في تلك الحال بينة نزعها من يده بالبينة، وجب أن ينقض حكم الحاكم بها لعمرو، لأن زيداً قد أقام بها بينة مع يده وإن بان أنه حكم بها لعمرو على زيد لعدالة بينة عمرو وجرح بينة زيد نظر، فإن أعاد زيد تلك البينة بعد أن ظهر عدالتها حكم بها لعمرو دون زيد، لأن البينة إذا ردت بالجرح في شهادة لم تسمع منها تلك الشهادة بعد التعديل، وكان حكم الحاكم بها لعمرو ماضياً، وإن أقام زيد بينة غير تلك المردودة، حكم بالدار لزيد، ونقض حكم الحاكم بها لعمرو. وإن بان أن الحاكم حكم بها لعمرو على زيد مع بينة كل واحد منهما لأنه كان ممن يرى أن يحكم ببينة الخارج على بينة الداخل، كرأي أهل العراق.

ففي نقض حكم الحاكم بها لعمرو وجهان:

أحدهما: لا ينقض، لنفوذه باجتهاده فلم ينقض، وتقر الدار في يد عمرو.

والوجه الثاني: ينقض حكم بينة الخارج على بينة الداخل، ويحكم بها لزيد، لأن هذا الاختلاف وإن لم يكن فيه نص فالقياس فيه جلي، والاجتهاد فيه قوي، فنقض بأقوى الاجتهادين أضعفهما، وإنما لا ينقض الاجتهاد مع التكافؤ، واحتمال الترجيح. وإن بان أن الحاكم حكم بها لعمرو على زيد ببينته، ولم تسمع بينة زيد، نُظِر في الحاكم، فإن كان يرى أن لا يحكم ببينة الداخل مع بينة الخارج، ففي نقض حكمه ما قدمناه من الوجهين كما لو سمعها ولم يحكم بها.

وإن كان يرى أن بينة الداخل أولى بالحكم، فلم يسمعها، بعد سماع بينة الخارج، نقض حكمه لعمرو وحكم بها لزيد، وإن لم يبن بعد الكشف السبب الذي أوجب الحكم بها لعمرو، دون زيد مع ثبوت يد زيد وبينته، ففي نفوذ الحكم بها لعمرو وجهان:

أحدهما: أن الحكم بها نافذ ممضى ولا ينقض إلا أن يعلم ما يوجب نقضه على ما شرحناه في أحد الأسباب الموجبة لنقضه، لأن الظاهر من حكم الحاكم نفوذه على الصحة، حتى يعلم فساده.

والوجه الثاني: ينقض حكم الحاكم بها لعمرو تغليباً ليد زيد، وبينته، حتى يعلم أن حكم الحاكم نفذ على وجه الصحة دون الفساد لاحتمال تردده بين الأمرين وهذا قول محمد بن الحسن، ولأن كان له وجهِ فهو ضعيف. والله أعلم.

بَابٌ فِي القَافةِ وَدَعْوَى الوَلدِ
مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَاتِ وَمِنْ كِتَابِ نِكَاحٍ قَدِيمٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَة قَالَتْ دَخَلَ عليَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَعْرِفُ السُّرُورَ فِي وَجْهِه فَقَالَ «أَلَمْ تَرَي أَنَّ مُجَزِّزاً المُدْلِجِيَّ نَظَرَ إِلَى أُسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ» (قال الشافعي) فَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي القَافَةِ إِلاَّ هَذَا انْبَغَى أَنْ يَكُونَ فِيْهِ دَلاَلَةٌ أَنَّهُ عِلْمٌ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عِلْماً لَقَالَ لَهُ لاَ تَقُلْ هَذَا لأَنَّكَ إِنْ أَصَبْتَ فِي شَيْءٍ لَمْ آمِنَ عَلَيْكَ أَنْ تُخْطِىءَ فِي غَيْرِهِ وَفِي خَطَئِكَ قَذْفُ مُحْصَنَةٍ أَوْ نَفْيُ نَسَبٍ وَمَا أَقَرَّهُ إِلاَّ أَنَّهُ رَضِيَهُ وَرَآهُ عِلْماً وَلاَ يُسَرُّ إِلاَّ بِالحَقِّ ﷺ وَدَعَا عُمَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ قَائِفاً فِي رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا وَلَداً فَقَالَ لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيْهِ فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلاَمِ وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ وَشَكَّ أَنَسٌ فِي ابْنٍ لَهُ فَدَعَا لَهُ القَافَةَ (قال الشافعي) رَحِمهُ اللَّهُ وَأَخْبَرَنِي عَدَدٌ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ مِنَ المَدِيْنَةِ وَمَكَّةَ أَنَّهُمْ أَدْرَكُوا الحُكَّامَ يُفْتُونَ بِقَوْلِ القَافَةِ (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَمْ يُجْزِ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ نَسَبَ أَحَدٍ قَطُّ إِلاَّ إِلَى أَبٍ وَاحِدٍ وَلاَ رَسُولُهُ عَلَيْهِ السَّلاَمُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح القيافة يحكم بها في إلحاق الأنساب، إذا اشتبهت بالاشتراك في الوطء الموجب للحوق النسب، فإذا اشترك الرجلان في وطء امرأة يظنها كل واحد منهما زوجته، أو أمته، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً يطؤها فيه، أو كان نكاح أحدهما صحيحاً يطؤها فيه ووطئها الآخر بشبهة، أو يكونان شريكين في أمة فيشتركان في وطئها، ثم تأتي بولد بعد وطئها لمدة لا تنقص عن أقل الحمل، وهي ستة أشهر، ولا تزيد على أكثره، وهي أربع سنين فيمكن أن يكون من كل واحد منهما، فلا يجوز أن يلحق بهما ولا يجوز أن يخلق من مائهما، فيحكم بالقافة في إلحاقه بأحدهما:

وكذلك لو اشترك عدد كثير في وطئها، حكم بالقافة في إلحاقه بأحدهم، وسواء اجتمعوا على ادعائه، والتنازع فيه أو تفرد به بعضهم في استوائه في إلحاقه بأحدهم، وهو في الصحابة قول علي بن أبي طالب عليه السلام في القافة، إذا وجدوا، ويقرع بينهم إذا فقدوا وحكم عمر رضي الله عنه بالقافة في إحدى الروايتين عنه، وبه قال

أنس بن مالك، وبه قال من التابعين عطاء ومن الفقهاء مالك، والأوزاعي، وأحمد بن حنبل.

وقال أبو حنيفة، وأصحابه لا يحكم بالقافة، ويجوز أن يخلق الولد من ماء رجلين وأكثر، وألحقه بجميعهم، ولو كانوا مائة.

وإذا تنازع امرأتان ولداً ألحقته بهما كالرجلين.

وقال أبو يوسف: ألحقه بالواحد إجماعاً، وبالاثنين أثراً وبالثلاثة قياساً ولا ألحقه بالرابع، فتحرر الخلاف مع أبي حنيفة في ثلاثة أشياء:

أحدها: في إلحاقه بالقافة منع منها أبو حنيفة وجوزناه.

والثاني: في إلحاقه بأبوين جوزه أبو حنيفة، وأبطلناه.

والثالث: في خلقه من ماءين فأكثر، صححه أبو حنيفة، وأفسدناه.

واستدل أصحاب أبي حنيفة على إبطال قول القافة، وأن لا يكون للشبه تأثير في لحوق الأنساب بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ وهذه صفة القائف، وبقوله تعالى: ﴿فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ ولو تركبت عن الاشباه زالت عن مشتبه. وبقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾.

والقيافة من أحكام الجاهليّة، وقد أنكرت بعد الإسلام، وعدت من الباطل، حتى قال جرير في شعره:

وَطَالَ خِيَارِي غُرْبَةَ البَيْنِ وَالنَّوَى ... وَأُحْدُوثَةٌ مِنْ كَاشِحٍ يَتَقَوَّفُ[1]

أي يقول: الباطل.

ومما روي أَنَّ رَجُلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: إن امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَاماً أَسْوَدُ وَأَنَا أُنْكِرُهُ.

فقال: هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. قَالَ: مَا أَلْوَانُهَا؟ قال: حُمْرٌ. قال: فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ؟ قال: نَعَمْ. قالَ: فَمِنْ أَيْنَ هَذَا؟ قَالَ: لَعَلَّ عِرْقاً نزعَهُ. قَالَ: وَهَذَا لَعَلَّ عِرْقاً نَزَعَهُ». فأبطل الاعتبار بالشبه الذي يعتبره القائف. وبما روي أن العجلاني لما قذف من شريك بن السَّحْمَاءِ بزوجته وهي حامل، فقال النبي ﷺ: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ صَدَقَ عَلَيْهَا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا، فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال النبي ﷺ: «إِنْ أَمْرَهُ لَبَيِّنٌ لَوْلَا مَا حَكَمَ

---

(١) انظر الديوان ٢٩٥.

اللَّهُ لَوْلاَ الأَيْمَانُ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ». فدل على أن حكم الله يمنع من اعتبار الشبه.

قالوا: ولو كانت القيافة علماً لعم في الناس، ولم يختص بقوم ولأمكن أن يتعاطاه كل من آراد كسائر العلوم فلما لم يعم ولم يمكن أن يتعلم بطل أن يكون علماً يتعلق به حكم، ولأنه لما لم يعمل بالقيافة في إلحاق البهائم كان أولى أن لا يعمل بها في إلحاق الأنساب، واستدلوا على جواز إلحاق الولد بآبائه لعموم قول النبي ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ». فلما لم يمتنع الاشتراك في الفراش لم يمتنع الاشتراك في الإلحاق، وبما روي من قضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «اختصما في رجلين إليه وقد وطئا امرأة في طهر واحد فأتت بولد فدعا بالقائف وسأله فقال: قد أخذ الشبه منهما يا أمير المؤمنين، فضربه عمر بالدِّرَّةِ، حتى أضجعه ثم حكم بأنه ابنهما يرثهما، ويرثانه، وهو للباقي منهما. فلم يظهر له في الحكم بهما فخالف مع اشتهار القضية، فصار كالإجماع.

قالوا: ولأنهما قد اشتركا في السبب الموجب لثبوت النسب، فوجب أن يكون لاحقاً بهما كأبوين.

قالوا: ولأن أسباب التوارث لا يمتنع الاشتراك فيها كالولاء، واستدلوا على جواز خلقه من ماء رجال بأنه لما خلق الولد من ماء الرجل الواحد، إذا امتزج بماء المرأة في الرحم كان أولى أن يخلق من ماء الجماعة، إذا امتزج ماؤهم بمائها، لأنه بالاجتماع أقوى وبالانفراد أضعف، والقوة أشبه بعلوق الولد من الضعف.

قالوا: ولأنه إذا جاز أن يخلق من اجتماع ماء الرجل الواحد من إنزال بعد إنزال، جاز أن يخلق من اجتماع ماء الجماعة من وطىء بعد وطىء، لأن اجتماع المياه من الجماعة كاجتماعها من الواحد.

فصل: والدليل على اعتبار الشبه في الأنساب، إذا اشتبهت، والعمل فيها بالقيافة، ما روى الشافعي في صدر الباب عن سفيان، عن الزهري عن عروة، عن عائشة رضوان الله عليها، قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ أَعْرِفُ السُّرُورَ فِي وَجْهِه»[1].

وروى ابن جريج عن الزهري: تبرق سرائر وجهه، فقال: أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُجَزِّزاً المُدْلَجِيَّ نَظَر إلى أُسَامَةَ وزيدٍ، عليهما قَطِيفَةٌ، قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض. ففيه دليلان:

أحدهما: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة بن زيد بن حارثة، لأن زيداً كان قصيراً عريض الأكتاف أخنس أبيض اللون، وكان أسامة مديد القامة أقنى أسود

---

(١) البخاري (٣٥٥٥) ومسلم (١٤٥٩).

اللون، وكان زيد حب رسول الله ﷺ يكره القدح فيه وفي أسامة، فلما جمع مجززاً المدلجي بينهما في النسب، بقوله: «هذه أقدام بعضها من بعض» سرّ رسول الله ﷺ بقوله لزوال القدح فيهما، ممن كان يطعن في نسبهما فلو لم تكن القيافة حقاً، لما سر بها، لأنه لا يسر بباطل ولرد ذلك عليه، وإن أصاب، لأن لا يأمن من الخطأ في غيره.

والثاني: أن الشرع مأخوذ عن الرسول ﷺ من قوله وفعله، وإقراره، فكان إقراره لمجزز على حكمه شرعاً من الرسول ﷺ في جواز العمل به.

ويدل عليه ما روي. أن النبي ﷺ خَرَجَ ذَاتَ يَوْمٍ إِلَى الأَبْطَحِ فَرَأَى بَعْضَ قَافَةِ الأَعْرَابِ، فقال: مَا أَشْبَهَ هَذَا القَدَمَ بِقَدَمِ إِبْرَاهِيمَ الَّتِي فِي الحَجَرِ، فألحقه بالجد الأبعد، وأقره على اقتفاء الأثر، ولم ينكره فثبت اعتبار الشبه بالقافة شرعاً. ويدل على اشتهاره في الإسلام، أنه لما خرج رسول الله ﷺ مع أبي بكر رضي الله عنه إلى غار ثور مختفياً فيه من قريش، أخذت قريش قائفاً يتبع به أقدام بني إبراهيم، فيتتبعها حتى انتهى إلى الغار ثم انقطع الأثر فقال: إلى هاهُنَا انقطع أثر بني إبراهيم، فلم يكن من الرسول ﷺ فيه إنكار فثبت أنه شرع ويدل عليه أن النبي ﷺ قد اعتبر لشبه في ولد العجلاني، فقال: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ صَدَقَ عَلَيْهَا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى نَعْتِ كَذَا فَلَا أَرَاهُ إِلَّا وَقَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا»، فجاءت به على النعت المكروه. فقال النبي ﷺ: «لَوْلَا الأَيْمَانُ» وَرُوِيَ «القُرْآنُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ». يعني في إلحاق الولد بالفراش، ونفيه عن العاهر، ولولا أن الشبه مع جواز الاشتراك حكم، لأمسك عنه كيلا يقول باطلاً فيتبع فيه وقد نزه الله تعالى رسوله ﷺ عن قول الباطل كما نزهه عن فعله.

ويدل عليه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا غَلَبَ مَاءُ الرَّجُلِ كَانَ الشَّبَهُ لِلأَعْمَامِ وَإِذَا غَلَبَ مَاءُ المَرْأَةِ كَانَ الشَّبَهُ لِلأَخْوَالِ». فدل على أن للشبه تأثيراً فيما أشبه فقد كان بعض أصحابنا يستدل عليه بقول النبي ﷺ: «اتَّقُوا فِرَاسَةَ المُؤْمِنِ فَإِنَّهُ يَنْظُرُ بِنُورِ اللَّهِ». فجعل للفراسة حكماً، ويدل عليه من طريق الإجماع اشتهاره في الصحابة، رضي الله عنهم أنهم فعلوه، وأقروا عليه، ولم ينكروه، حتى روي أن أنس بن مالك شك في ابن له، فأراه القافة، ولو كان هذا منكراً لما جاز منهم إقرارهم على منكر، فصار كالإجماع، وقد جرى في أشعارهم ما يدل على اعتبار القيافة عندهم، . واشتهار صحتها بينهم، حتى قال شاعرهم:

قَدْ زَعَمُوا أَنْ لَا أُحِبُّ مُطَرَّفاً ... كَلَّا وَرَبِّ البَيْتِ حُبّاً مُسْرَفَا
يَعْرِفُهُ مَنْ قَافَ أَوْ تَقَوَّفَا ... بِالقَدَمَيْنِ، وَاليَدَيْنِ، وَالقَفَا
وَطَرْفُ عَيْنَيْهِ إِذَا تَشَوَّفَا ... .

ويدل عليه من طريق المعنى، هو أن الحادثة في الشرع، إذا تجاذبها أصلان حاظر ومبيح، لم ترد إليها، وردت إلى أقواهما شبهاً بها، كذلك في اشتباه الأنساب.

والدليل على إبطال إلحاق الولد يأتي في قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾ [الحجرات: ١٣]، وهذا خطاب لجميعهم فدل على انتفاء خلق أحدهم من ذكرين وأنثى، وقال تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ﴾ [الإنسان: ٢] فمنع أن يكون مخلوقاً من نطفتين، ويدل عليه أن ليس في سالف الأمم، وحديثها، ولا جاهلية، ولا إسلام، أن نسبوا أحداً في أعصارهم، إلى أبوين، وفي إلحاقه باثنين خرق العادات، وفي خرقها إبطال المعجزات، وما أفضى إلى إبطالها، بطل في نفسه، ولم يبطلها. والقياس، هو أنهما شخصان، لا يصح اجتماعهما على وطء واحد فلم يجز أن يلحق الولد بهما كالحر مع العبد، والمسلم مع الكافر فإن أبا حنيفة يمتنع من إلحاقه بهما، وإن اشتركا في الوطء فيلحقه بالحر دون العبد، والمسلم دون الكافر، والدليل على إبطال خلقه من ماءين مع ما قدمناه من نص الكتاب شيئان:

أحدهما: ما أجمع عليه أمم الطب في خلق الإنسان، أن علوق الولد يكون حين يمتزج ماء الرجل بماء المرأة، ثم تنطبق الرحم عليهما بعد ذلك [الامتزاج] فينعقد علوقه لوقته، ولا يصل إليه ماء آخر، من ذلك الواطىء ولا من غيره، وقد نبه الله تعالى على قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّا خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ يعني أصلاب الرجال، وترائب النساء، والترائب الصدور فاستحال، بهذا خلق الولد من ماءين من ذكر أو من ذكرين.

والثاني: أنه لما استحال في شاهد العرف أن تنبت السنبلة من حبتين، وتنبت النخلة من نواتين، دل على استحالة خلق الولد من ماءين.

فإن قيل لما لم يستحل خلق الولد من ماء ذكر، وأنثى، لم يستحل أن يخلق من ماء ذكرين وأنثى.

قيل: قد جوزتم ما يستحيل إمكانه في العقول، والعيان من إلحاق الولد، بأمّين فكيف اعتبرتم إنكار إلحاقه بأبوين؟ وتعليلكم بالإمكان في الأبوين يبطل إلحاقكم له بأمين، وكلا الأمرين عندنا مستحيل في الأبوين، والأمّين، ثم نقول ما استحال عقلاً وشرعاً في لحوق الأنساب. لم يثبت به نسب كابن عشرين إذا ادعى أبوه ابن عشرين سنة لم يلحق لاستحالته، كذلك ادعاء امرأتين ولداً لم يلحق بهما لاستحالته.

فصل: فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ

عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] فهو عائد عليهم في إلحاقه بالجماعة، فلم يكن لهم دليل.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿مِنْ أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ [الانفطار: ٨] فهو: أنه يراد به فيما شاء من شبه أعمامه، وأخواله، وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]. فهو: أن ما ورد به الشرع، لا ينسب إلى حكم الجاهلية، وإن وافقه. وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَعَلَّ عِرْقاً نَزَعَهُ» فهو أنه دال على اعتبار الشبه، لأنه علل بنزوع العِرْقِ الأول.

وأما الجواب عن حديث العجلاني: فهو ما جعلناه دليلاً منه. وأما الجواب عن اختصاص قوم به، وتعذر معاطاته، وتعلمه: فهو أنه ليس يمتنع، أن يكون في العلوم، ما يستفاد بالطبع دون التعلم كقول الشاعر:

إنْ لَـمْ يَسْتَفِـدْه الإنْسَـانِ طَبْعَـاً ... تَعَـذَّرَ أَنْ يَقُـولَـهُ بِتَعَلُّـمٍ وَاكْتِسَـابِ

ولا يمتنع أن تكون صناعة الشعر علماً، كذلك القيافة.

وأما الجواب عن قوله: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»: فهو أن الفراش عند أبي حنيفة الزوجة، وعندنا من يجوز أن يلحق ولدها، ولا يجوز أن تكون المرأة ذات زوجين، فلم يجز عندهم أن تكون لاثنين، وعندنا لا يجوز أن يلحق ولدها إلاّ بواحد فَلَمْ يكن فراشاً إلا لواحد.

وأما الجواب عن استدلالهم بامتناع القيافة في البهائم. فهو أن المقصود بإلحاق البهائم الملك، واليد أقوى فاستغنى به عن القيافة، والمقصود في الآدميين النسب، واليد لا تأثير لها فاحتيج فيه إلى القيافة.

وأما الجواب عن قصة عمر رضي الله عنه في إلحاق الولد باثنين. فهو: أن الرواية اختلفت في هذه القصة فروى الشافعي في كتاب «الأم» عن ابن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أَنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَيَا وَلَدَاً فدعا عمر رضي الله عنه القافة فقالوا: قد اشتركا فيه. فقال عمر: وإلى أيِّهما يثبت؟ ويروى أنه دعا عجائز من قريش، فقلن: إن الأول وطئها، فعلقت منه، ثم حاضت فاستحشف الولد ثم وطئها الثاني فانتعش بمائة، فأخذ شبهاً منهما فقال عمر: «الله أكبر» وألحق الولد بالأقرب. وإذا تعارضت فيها الروايات المختلفة، سقط تعلقهم بها وكانت دليلاً لنا لاجتماعهم، فيها على استعمال القافة، واستخبارهم عن إلحاق الولد.

وأما الجواب عن قياسهم على إلحاقه بأبويه مع انتقاضه بدعوى المسلم والكافر فهو أن الأب والأم هما مشتركان في وطء واحد، فلحق الولد بهما والرجلان لا يشتركان في وطء واحد، فلم يلحق الولد بهما.

وأما الجواب عن استدلالهم بالولاء تعليلاً بالتوارث بها، فليست الأنساب معتبرة بالتوارث لثبوت الأنساب مع عدم التوارث بالرق، واختلاف الدين، ثم المعنى في الولاء حدوثه عن ملك، لا يمتنع فيه الاشتراك، وحدوث النسب عن وطء واحد، يمتنع فيه الاشتراك.

وأما الجواب عن استدلالهم، بأنه لما لحق بذكر وأنثى، لحق بذكرين وأنثى، فقد تقدم بما ذكرناه من امتناعه أن يخلق من ماءٍ بعد ماء، من واحد، أو اثنين.

فصل: وإذا كان أحد الواطئين زوجاً وطئها في نكاح صحيح، والآخر أجنبياً، وطئها بشبهة كانا في استلحاق الولد سواء، ويلحقه القافة بأشبههما به، وقال مالك يلحق بالزوج من غير قافة لقوته بالنكاح، وتميزه بالاستباحة.

ودليلنا: هو أن كل واحد منهما لو انفرد، لكان الولد لاحقاً به فوجب إذا اجتمعا أن يستويا في استلحاقه لاستوائهما في السبب الموجب للحوقه.

وليس اختصاص أحدهما بالاستباحة موجباً، لاختصاصه بلحوق الولد كمن باع أمة بعد وطئها، ووطئها المشتري قبل استبرائها وجاءت بولد يمكن لحوقه، بهما استويا في استلحاقه وألحقه القافة بمشبهه.

وإن كان وطء البائع مباحاً ووطء المشتري محظوراً.

فصل: فإذا تقرر وجوب الحكم بالقيافة في الأنساب، إذا اشتبهت بعد الاشتراك في أسباب لحوقها، فالكلام فيها يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: صفة القائف.

والثاني: صفة القيافة.

والثالث: الموجب لها.

والرابع: نفوذ الحكم بها.

فأما الفصل الأول: في صفة القائف، فيشتمل على أربعة شروط، يصح أن يكون بها قائفاً ـ وهو: أن يكون رجلاً حراً، عدلاً، عالماً، لأنه متردد الحال بين حكم، وشهادة، فاعتبرت فيه هذه الشروط الأربعة، فإن كان امرأة أو عبداً، أو فاسقاً أو غير عالم لم يجز أن يكون قائفاً. وعلمه ضربان:

أحدهما: علمه بالقيافة.

والثاني: علمه بالفقه.

فأما علمه بالقيافة، فهو المقصود منه، فلا بد أن يكون معتبراً فيه ومختبراً عليه، واختباره فيه أن يجرب في غير المتنازعين، بأن يضم ولد معروف النسب، إلى جماعة ليس له فيهم أب، ويقال له: من أبوه منهم؟ ولا يقال ألحقه بأبيه منهم، لأنه ليس له فيهم أب، فإذا قال: ليس له فيهم أب، ضمه ذلك الولد إلى جماعة له فيها أب، وقيل له: ألحقه بأبيه منهم، لأن له فيهم أباً، فإن ألحقه بأبيه منهم، عرف أنه عالم بالقيافة.

وإن أخطأ في الأول فألحقه بواحد منهم، أو أخطأ في الثاني فألحقه بغير أبيه منهم، علم بأنه غير عالم بالقيافة، ولا يقنع، إذا أصاب مرة أن يجرب في ثانية، وثالثة، لأنه قد يجوز أن يصيب في الأوّلة، اتفاقاً وفي الثانية، ظناً وفي الثالثة يقيناً، فإذا وثق بعلمه عمل على قوله ولا يلزم أن يختبر ثانية بعد المعرفة بعلمه.

وأما علم الفقه فإن نزل به منزلة المخير لم يفتقر إلى علم الفقه وإن نزل منزلة الحاكم على ما سنذكره، من الفرق بين حالتيه اعتبر فيه من علم الفقه، ما اختص بلحوق الأنساب ولم يعتبر فيه العلم بجميع الفقه، لأن اعتباره في القافة متعذراً. ولا يلزم أن يكون في بني مدلج، ولا من العرب، إذا تكاملت فيه شروط القيافة، ووهم بعض أصحابنا، فقال: لا يصح أن يكون إلا من بني مدلج، لاختصاصهم بعلم القيافة طبعاً في خلقهم، وهذا لا وجه له لأن مقصود القيافة قد يجوز أن يعدم في بني مدلج، ويوجد في غير بني مدلج، وإن كان الأغلب وجوده في بني مدلج.

فصل: وأما الفصل الثاني في صفة القيافة، فالمعتبر فيها التشابه من أربعة أوجه:

أحدها: تخطيط الأعضاء وأشكال الصورة.

والثاني: في الألوان والشعور.

والثالث: في الحركات والأفعال.

والرابع: في الكلام، والصوت، والحدة، والأناة، ولئن جاز أن تختلف هذه الأربعة في الآبـاء والأبناء في الظاهر الجلي، فلا بد أن يكون بينهما، في الباطن تشابه خفي، ولئن لم يكن في جميعها لغلبة التشابه بالأمهات، فلا بد أن يكون في بعضها لأن المولود من أبيض، وأسود، لا يكون أبيض محضاً، ولا أسود محضاً فيكون فيه من البياض، ما يقارب الأبيض، ومن السواد ما يقارب بالسواد.

وإذا كان كذلك لم يخل حال الولد مع المتنازعين فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون فيه شبه من أحدهما، وليس فيه شبه من الآخر، فيلحق بمن فيه شبهه، وينفي عمن ليس فيه شبهه، وسواء كان الشبه بينهما من جميع الوجوه، أو من بعضها ظاهراً كان أو خفياً.

والقسم الثاني: أن لا يكون فيه شبه من كل واحد، منهما فلا يكون في القيافة بيان، ولا يجوز أن ينفي عنها، لأن نسبه موقوف عليهما، فيعدل إلى الوقف على الانتساب، على ما سنذكره.

والقسم الثالث: أن يكون فيه شبه من كل واحد منهما فهذا على خمسة أضرب:

أحدها: أن يتماثل الشبهان، ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فلا يكون في القيافة بيان، ويعدل إلى غيرها.

والضرب الثاني: أن يتماثل الشبه بينهما في العدد، ويختلفا في الظهور، والخفاء، يكون فيه من كل واحد منهما شبهان، وهو في أحدهما ظاهر، وفي الآخر خفي، فيلحق بمن ظهر منه الشبه دون من خفي فيه.

والضرب الثالث: أن يتماثلا في الظهور، والخفاء، ويختلفان في العدد، فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه، وفي الآخر من وجهين، فيلحق بمن زاد عدد الشبه فيه دون من قل.

والضرب الرابع: أن يكون الشبه في أحدهما أكثر عدداً، وأظهر شبهاً، وهو في الآخر أقل، وأخفى، فيلحق بمن كثر فيه عدد الشبه، وظهر دون من قل، فيه وخفي، وهو أقوى من الضربين المتقدمين.

والضرب الخامس: أن يكون أحدهما في الشبه أكثر عدداً، وأخفى شبهاً، والآخر أقل عدداً، وأظهر شبهاً، فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه خفية، وفي الآخر من وجهين ظاهرين، ففه وجهان:

أحدهما: يرجح كثرة العدد على ظهور الشبه، فيلحق بمن فيه الشبه من ثلاثة أوجه خفية، تغليباً لزيادة التشابه.

والوجه الثاني: يرجح ظهور الشبه على كثرة العدد، فيلحق بمن فيه الشبه من وجهين ظاهرين، تغليباً لقوة التشابه. فهذا أصل في اعتبار التشابه في القيافة، وقد يختلف فطن القافة فمنهم من تكون فطنته من أعداد التشابه أقوى، ومنهم من تكون فطنته في قوة التشابه أقوى، فيعتمد كل واحد منهما على ما في قوة فطنته، تغليباً لقوة حسه، فإن كان القائف عارفاً بأحكام هذه الأقسام، جاز أن يكون فيها مخبراً، وحاكماً وإن لم يكن عارفاً بأحكامها كان فيها مخبراً، ولم يكن فيها حاكماً، ليحكم بها من الحكام من يعلمها، ويجتهد رأيه فيها.

فصل: وأما الفصل الثالث: في الموجب لاستعمال القافة، فالتنازع في الولد على ضربين:

أحدهما: أن يكون من لقيط لا يعرف للمتنازعين فيه فراش، فلا يخلو حال الولد من أن يكون صغيراً، أو كبيراً، فإن كان كبيراً بالغاً عاقلاً توجهت الدعوى عليه، وكان الجواب مأخوذاً منه. فإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، لحق بالمصدق، ولا يمين عليه للمكذب، لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، ولم يغرم وإن كذبهما حلف لهما، ولم يلحق بواحد منهما، لأنه لو أقر قبل التكذيب قُبِل إقراره، وإن قال: أنا ابن واحد منكما ولست أعرفه بعينه، رجع إلى القافة في إلحاقه، بأحدهما فإن عدموا أخذ الولد جبراً بالانتساب إلى أحدهما غيباً، فإن سلَّمه أحد المتنازعين إلى الآخر، فإن كان قبل القافة والانتساب، جاز وصار ولداً لمن سلم إليه، وإن كان بعد الحكم بنسبه، إما بعد القافة، أو بعد الانتساب لم يجز.

وإن كان الولد صغيراً غير مميز، أو كان بالغاً مجنوناً، استعمل فيه القافة، ولم يعتبر فيه إقرار ولا فراش، فإن ألحقه القافة بأحدهما لحق به وإن عدموا أو أشكل عليهم، وقف إلى زمان الانتساب فإن سلمه أحدهما إلى الآخر، كان على ما قدمناه من جوازه قبل إلحاقه، وبطلانه بعد إلحاقه.

والضرب الثاني: أن يكون الولد عن فراش وقع فيه التنازع، فاستعمال القيافة فيه معتبر، بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الفراش مشتركاً بين المتنازعين فيه، فإن تفرد به أحدهما، كان ولداً لصاحب الفراش من غير قيافة، وإن كان شبهه بغير صاحب الفراش أقوى.

فلو أن زوجاً شك في ولده من زوجته، فإن أراد أن يستعمل فيه القافة لم يجز، لأن القافة لا تنفي ما لحق بالفراش.

والشرط الثاني: أن يكون اشتراكهما في الفراش موجباً للحوق الولد بكل واحد منهما، لو انفرد، فإن كان لا يلحق بكل واحد منهما لو انفرد، لأنهما زانيان بطلت دعواهما فيه، ولم يلحق بواحد منهما وإن كان يلحق بأحدهما دون الآخر، لأن أحدهما زان، والآخر ليس بزان، بطل تنازعهما، ولم تستعمل القافة فيه، وكان لاحقاً بصاحب الفراش، دون الزاني لقول النبي ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ».

والشرط الثالث: أن يثبت فراش كل واحد منهما وثبوته، معتبر بحال المتنازعين. فإن كان أحدهما زوجاً، والآخر ذا شبهة، ثبت فراش ذي الشبهة، بتصديق الزوج، ولم يعتبر فيه تصديق الموطوءة، لأن الفراش للزوج، وإن لم يكن

فيهما زوج اعتبر فيه تصديق الموطوءة، لكل واحد منهما إن كانت خالية من زوج، وإن كانت ذات زوج، اعتبر فيه تصديق زوجها، دونها، لأنه أملك بالفراش فيها، وصار الزوج داخلاً معها في التنازع، لأن لهِ فراشاً ثالثاً، ولا يعتبر تصديق كل واحد منهما لصاحبه، لأن ثبوت النسب حق له وعليه.

فلو أنكرتها الموطوءة، أو زوجها لم يثبت لواحد منهما الفراش، وعلى منكرها اليمين.

ولو ادعت الموطوءة، أو زوجها عليها الفراش، وأنكراه فالقول قولهما مع أيمانهما، ولا فراش على واحد منهما.

فإذا ثبت فراشهما بما ذكرنا من التصادق فيه أو قامت به بينة مع التجاحد على الوجه الذي تقوم به البينة في مثله، تكاملت شروط الاشتراك في لحوق النسب وصار الفراش حقاً لهما، وحقاً عليهما، فلا يقف على مطالبتهما ولا يجوز لواحد منهما أن يسلم لصاحبه، لما فيه من الحق عليه، ويستوي فيه حكم الولد صغيراً وكبيراً، ويستعمل القافة في إلحاقه بأحدهما، إذا طولب بها.

والذي يستحق المطالبة بها من كان قوله في الفراش معتبراً، والولد إذا كان بالغاً فإن لم يطلب الحاكم بها جاز له في حق الصغير أن يستعمل القيافة إذا علم بالحال من غير طلب نيابة عن الصغير، ولم يكن له أن يستعملها في حق الكبير، لأنه أخص بطلب حقوقه.

فصل: وأما الفصل الرابع: في ثبوت الحكم بلحوق النسب بقول القافة فهو معتبر باستلحاق النسب، واستلحاقه على ضربين:

أحدهما: أن يكون لاشتراكهما في فراش.

والثاني: إذا تداعيا لقيطاً.

فإن كان لاشتراكهما في فراش، لم يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم الحاكم، لأن الفراش قد أوجب لهما حقاً، وأوجب عليهما حقاً في إلحاقه بأحدهما، ونفيه عن الآخر، وألحق لهما على الولد، وألحق عليهما للولد ولذلك وجب إلحاقه بأحدهما، وإن لم يتنازعا فيه، ولم يجز أن يسلمه أحدهما إلى الآخر فكان أغلظ من اللعان الذي لا يصح إلا بحكم حاكم فكان هذا أولى أن لا يصح إلا بحكم حاكم، لأن اللعان يختص بالنفي دون الإثبات، والقيافة تجمع بين النفي والإثبات.

وإن كان استحقاق الولد في ادعاء لقيط لم يعرف لهما فيه فراش مشترك، فهو حق لهما وليس بحق عليهما في الظاهر، لأنهما لو لم يتنازعا فيه، لم يعترض لهما،

ولو سلمه أحدهما إلى الآخر صح وانتفى عمن سلمه، ولحق عن سُلم إليه فلم يفتقر استلحاقه إلى حكم، وجاز أن ينفرد باستعمال القافة فيه إن اختارا، وجاز أن يتحاكما فيه إلى حاكم، إن اختلفا فإن تنازعا فيه إلى حاكم وقف اختيار القائف على الحاكم، دونهما وإن لم يتنازعا فيه إلى حاكم، وقف اختيار القائف عليهما فإذا اتفقا على اختيار قائف كانا فيه بالخيار في تحكيمه، أو استخباره، على ما سنذكره من شرح التحكيم، والاستخبار.

فإن استخبره، فأخبر كان موقوفاً على إمضائهما والتزامهما.

وإن حكماه فحكم كان في لزوم حكمه لهما قولان: وإن اختلفا في اختيار القائف، إذا حلفا بعد الاتفاق عليه في تحكيمه، أو استخباره لم يعمل على اختيار واحد منهما، وتنازعا فيه إلى الحاكم ليحكم بينهما، وإذا كان الحاكم هو الناظر بينهما في لحوق النسب، إما في الفراش المشترك حتماً واجباً، وإما في اللقيط المدعى، إما بالتراخي والاختيار، وإما أن يطلبه أحدهما دون الآخر، فيؤخذ الممتنع جبراً بالحكم، وإنما يجوز للمتنازعين في اللقيط أن ينفردا بالقيافة إذا اتفقا على التراخي في تفردهما به، دون الحاكم.

فإذا أراد الحاكم الحكم بينهما، اختار من القافة أوثقهم وأغلبهم، واجتهد رأيه في تحكيم القائف، أو استخباره فإن أداه اجتهاده إلى تحكيمه، كان ذلك استخلافاً له في الحكم بينهما، فيراعي في استنابته شروط التقليد، واختبر في العلم بشروط الإلحاق، فإن قضى بها، أعلمه بها.

فأما المختص منها بفطنته فقوة حسه، فهو مركوز في طبعه، ويجوز أن يقتصر على قائف واحد، لأنه حكم، فجاز من القائف الواحد، فإن جمع فيه بين قائفين احتياطاً كان أوكد، كما جمع في شقاق الزوجين بين الحكمين.

ولا ينفذ الحكم في لحوقه بواحد منهما، حتى يجتمعان عليه، فإذا ألحقه القائف الواحد إذا أفرد أو القائفان إذا جمع بينهما بأحد المتنازعين فيه، ونفاه عن الآخر لحقه، وانتفى عن الآخر، ولو ألحقه بأحدهما، ولم ينفه عن الآخر، لم يلحق به، لجواز أن يرى اشتراكهما فيه، ولو نفاه عن أحدهما ولم يلحقه بالآخر، انتفى عمن نفاه عنه، وصار الآخر منفرداً بالدعوى فلحق به، لانفراده بالفراش، لا بالقائف.

ولو تنازع في دعواه ثلاثة فألحقه بأحدهم، ونفاه عن الآخرين، أمضى حكمه في إلحاقه ونفيه، ولو نفاه عن أحدهم، خرج من الدعوى، وصارت بين الآخرين، ولو نفاه عن اثنين، خرجا من الدعوى، وصار لاحقاً بالباقي، لانفراده بالدعوى، لا بقول القائف، فإن لحق بأحدهم لإلحاق القائف به، ونفيه عن غيره استقر حكمه في ثبوت

نسبه، ولزم الحاكم تنفيذ حكمه، وإن نفاه القائف عن أحدهما استقر حكمه بالنفي، ولم يستقر حكمه باللحوق، حتى يحكم له الحاكم باللحوق، بحكم الانفراد بالدعوى، فإن رجع القائف بعد حكمه بذكر الغلط فيه، لم يقبل رجوعه، لأن نفوذ الحكم بالاجتهاد يمنع من نقضه باجتهاد.

وإن رأى الحاكم اجتهاده إلى استخبار القائف دون تحكيمه، أنكر القائف مخبراً، والحاكم هو المنفرد بالحكم، جاز ولزمه أن يجمع بين قائفين، ولم يجز أن يقتصر على واحد منهما، وإن كان خبر الواحد مقبولاً، لأن الحاكم لا يجوز أن يحكم بخبر الواحد، وإنما يجوز أن يحكم بشهادة اثنين. كما لا يحكم في التقويم إلا بقبول مقومين، فإذا أراد القائفان بعد اجتهادهما، أن يذكرا للحاكم، ما صح عندهما من لحوق الولد بأحدهما ففيه وجهان:

أحدهما: يكون خبراً يؤدى بلفظ الإخبار، ولا تكون شهادة تؤدى بلفظ الشهادة، لأن الشهادة تختص بفعل مشاهد وقول مسموع وليس في القيافة، واحد منهما فكان خبراً، ولم يكن شهادة فعلى هذا يجب على الحاكم، أن يسألهما عن سبب علمهما، ليجتهد رأيه فيهما إن ذكرا اشتراكهما في الشبه، ولا يجب عليه سؤالهما إن كان مختصاً بأحدهما، دون الآخر، لأن عليه في الاشتراك أن يجتهد رأيه في الترجيح، فلزمه السؤال، وليس عليه في اختصاص أحدهما بالترجيح بالشبه، اجتهاده في الترجيح، فلم يلزمه السؤال، ولكن عليه أن يسألهما أفي الشبه اشتراك؟ حتى يسألهما عن سببه، ويجتهد رأيه فيه، أو ليس فيه اشتراك؟ حتى لا يسألهما عنه، ولا يجتهد رأيه فيه، ويقتنع منهما أن يقولا هذا ولد هذا دون هذا.

والوجه الثاني: أن تكون شهادة تؤدى بلفظ الشهادة، وإن لم تكن عن مشاهدة، لأن الحال يشهد، والحكم مختص بالشهادة دون الخبر.

فعلى هذا لا يجب على الحاكم أن يسألهما عن سبب علمهما، لأن الشاهد لا يسأل عن سبب علمه بما شهد لكن إن كان الشبه مختصاً بأحدهما، جاز للقائفين أن يشهدا بأنه ولد هذا دون هذا، وإن كان الشبه مشتركاً يحتاجا إلى اجتهاد في ترجيح ففيما يشهدان به وجهان:

أحدهما: يشهدان بما أدى إليه اجتهادهما من لحوق نسبه بأحدهما.

والوجه الثاني: يشهدان بالشبه الموجب للحوق النسب بأحدهما ليجتهد الحاكم رأيه دونها، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا، هل يسوغ للشهود أن يجتهدوا فيما يؤدوه إذا كان الاجتهاد فيه سماع.

فإذا أدى القائفان إلى الحاكم ما عندهما من لحوق النسب بأحدهما خبراً على

أحد الوجهين، أو شهادة على الوجه الآخر لزم الحكم بقولهما في إلحاق النسب بمن ألحق، ونفيه عمن نفوه، وهو قبل حكم الحاكم، غير لاحق بواحد منهما، فإن رجع القائفان في قولهما، وألحقوه بمن نفوه عنه لخطأ اعترفا به روعي رجوعهما، فإن كان بعد حكم الحاكم بقولهما، لم ينقص حكمه وأمضاه على ما حكم به، وإن كان قبل حكمه بقولهما لم يكن نسبه للأول، ولا للثاني.

أما الأول: فلبطلان الشهادة، بالرجوع عنها.

وأما الثاني: فلتعارض القولين فيه.

فإن أشكل على القائفين ولحوق نسبه، وبان ذلك لغيرهما عمل عليه، وإن أشكل على غيرهما عدم النسب من جهة القافة، ووجب أن يوقف النسب للشك، حتى ينتسب الولد بطبعه إلى أحدهما لقول النبي ﷺ: «مِنْ شَأْنِ الرَّحِمِ إِذَا تَمَاسَّتْ تَعَاطَفَتْ».

وله في زمان انتسابه قولان:

أحدهما: وهو القديم إلى استكمال سبع، وهي الحال التي يخير فيها بين أبويه.

والقول الثاني: وهو الجديد الصحيح إلى بلوغه، لأنه لا يمكن بقوله في لوازم الحقوق قبل البلوغ، وإن قبل في الاختيار لأحد أبويه، لأنه ليس من الحقوق، فإذا انتسب إلى أحدهما لحق به، ولا يعتبر فيه تصديق الأب، فلو رجع وانتسب إلى الآخر لم يقبل رجوعه بعد لحوقه بالأول.

ولو وجدت القافة بعد انتسابه إلى أحدهما، لم يلحق به لاستقرار لحوقه بالانتساب إلى الأول.

ولو مات الولد قبل انتسابه إلى أحدهما، قامت ورثته، مقامه في الانتساب، إلى أحدهما، ولو مات المتنازعان والولد باق جمع بينه وبين عصبتهما، وكان له بعد الاجتماع معهم أن ينتسب إلى أحدهما، فإن مات أحدهما وبقي الآخر نُظِر، فإن كان التنازع في فراش مشترك انتسب إلى من اختار من الحي، أو الميت، وإن كان التنازع في لقيط ففيه وجهان:

أحدهما: يكون كالفراش في انتسابه إلى أحدهما.

والثاني: أنه يلحق بالباقي، لانقطاع دعوى الميت.

وقد روى زيد بن أرقم أن علي بن أبي طالب عليه السلام حين قلّده رسول الله ﷺ قَضَاءَ اليَمَنِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ ثَلَاثَةٌ فِي وَلَدِ امْرَأَةٍ، وَقَعُوا عَلَيْهَا، في طهر واحد؛ تنازعوا فيه. فأقرع بينهم، وألحقه بمن قرع منهم، وأخبر به

رسول الله ﷺ «فَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نواجذه فَقِيلَ: إِنَّهُ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ لإشكاله على القافة.

وقيل: إنما ضحك رسول الله ﷺ من القرعة: لأنه لا مدخل لها في لحوق النسب، لوجود ما هو أقوى، وهو انتساب الولد.

فصل: وإذا طلب القائف على قيافته أجراً، ولم يجد بها متطوعاً جاز أن يعطى عليها رزقاً من بيت المال، لأن له عملاً ينقطع به عن مكسبه، كما يعطى القاسم والحاسب ويستحقه سواء ألحقه بواحد منهما، أو أشكل عليه، فلم يلحقه، فإن تعذر رزقه من بيت المال، كانت أجرته على المتنازعين فيه، فإن ألحقه بأحدهما استحقها، وفيمن يجب عليه وجهان:

أحدهما: أنها تجب على من ألحق به الولد دون من نفي عنه، لأنه مستأجر للحوق دون النفي.

والوجه الثاني: يجب عليهما، لأن العمل مشترك في حقهما، وهو في حق من نفي عنه كهو في حق من ألحق به.

وإن لم يلحق بواحد منهما. فإن كان لإشكاله عليه، لم يستحق الأجرة، لأنه لم يوجد منه العمل، وإن كان لتكافؤ الاشتباه ففي استحقاق الأجرة وجهان:

أحدهما: يستحقها إذا قيل: إنه لو أخذ منهما، كان تغليباً بوجود العمل منه.

والوجه الثاني: لا يستحقها إذا قيل: إنه لو ألحقه بأحدهما: اختص بالتزام الآخر، تعليلاً بالإلحاق.

فصل: وإذا وجد وادعاه من يجوز أن يولد مثله لمثله لحقه به، فإن ادعاه بعده آخر ففيه وجهان:

أحدهما: أن دعواه مردودة للحوق نسبه بالسابق، إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه.

والوجه الثاني: وهو الظاهر في مذهب الشافعي أن دعوى الناس مسموعة ويرى القافة، فإن نفوه عن الثاني، كان على لحوقه بالأول وإن ألحقوه بالثاني أري مع الأول، فإن نفوه عنه لحق بالثالث، وإن ألحقوه به لم يأت بالقافة بيان، لأنهم قد ألحقوه بهما، ووقف الولد إلى حد الانتساب لينتسب إلى أحدهما. فإن اجتمع جماعة في ادعاء اللقيط، وهو في يد أحدهم، فصاحب اليد كالسابق بالدعوى، فيكون على الوجهين:

أحدهما: يلحق به إلا أن تلحقه القافة بغيره.

والوجه الثاني: أن في الدعوى بغيره لا يلحق بواحد منهم إلا أن تلحقه القافة، أو يعترف له الباقي بنسبه، أو يبلغ حد الانتساب فينتسب إليه، فإن مات الولد مع بقاء الانتساب، فقبل الانتساب وقف من ماله ميراثاً حتى يصطلح المدعون عليه، وإن مات المدعون أو بعضهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، أنه يوقف من قال كل واحد منهم ميراث أب، كما يوقف من ماله إذا مات ميراث أب. حتى ينتسب بعد بلوغه حد الانتساب، فيستحق ميراث من انتسب إليه ويرد ما وقف من الباقين على ورثتهم.

والوجه الثاني: لا يوقف له من أموالهم شيء، ويدفع مال كل واحد إلى ورثته والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى حُرٌّ وَعَبْدٌ مُسْلِمَانِ وَذِمِّيٌّ مَوْلُوداً وُجِدَ لَقِيطاً فَلَا فَرْقَ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَالتَّدَاعِي فِيمَا سِوَاهُ فَيَرَاهُ القَافَةُ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِوَاحِدٍ فَهُوَ ابْنُهُ وَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِأَكْثَرَ لَمْ يَكُنْ ابْنَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَبْلُغُ فَيَنْتَسِبَ إِلَى أَيِّهِمْ شَاءَ فَيَكُونَ ابْنَهُ وَتَنْقَطِعَ عَنْهُ دَعْوَى غَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح يستوي إذا ادعى الولد، الحرُّ والعبدُ والمسلمُ، والكافر لقيطاً أو من فراش مشترك، وليس بمشترك.

وقال أبو حنيفة الإمام رحمه الله: إذا تنازع حر وعبد ألحقته بالحر دون العبد. وإن تنازع مسلم وكافر، ألحقته بالمسلم دون الكافر، ولو تنازع حر كافر وعبد مسلم، ألحقته بالحر الكافر، دون العبد المسلم، ليكون الولد ملحقاً بأكملهما حكماً.

استدلالاً بأن الغالب من دار الإسلام الحرية، والإسلام، فصارت كاليد لمن واقعها، فترجح بها.

ولأنهما لو تنازعا حضانته كان الحر المسلم أحق بها من العبد الكافر، كذلك حكم النسب ودليلنا هو أنهما قد اشتركا في سبب الدعوى، فوجب أن يشتركا في حكمهما، كالمسلمين الحرين.

ولأنه لو انفرد بالدعوى عبداً أو كافر كان فيها كالمسلم، ولا يدفع عنها بحكم الدار، كذلك إذا اجتمع مع الحر، أو المسلم، كالمال، وفيه انفصال.

فأما الحضانة ففيها ولاية، لو تفرد بها كافر وعبد لم يستحقها وليس كالنسب الذي يلحق بالعبد، والكافر.

فصل: فإذا ثبت استواؤهما في الدعوى، فإن ألحق بالمسلم، لحق به نسباً، وديناً، وإن ألحق بالكافر، لحق به نسباً، وفي إلحاقه به ديناً وجهان:

أحدهما: يلحق به في دينه اعتباراً بالولادة.

والوجه الثاني: لا يلحق بدينه تغليباً لحكم الدار، فأجري عليه حكم الإسلام، حتى يبلغ فيعرب عن نفسه، فإن أقر بالإسلام استقر حكم الإسلام، وإن ادعى الكفر أرهب ثم أقر على الكفر فإن قيـل بالوجه الأول أنه يجري على الكفر أقر في يده وإن قيـل بالثاني، أنه يجري على حكم الإسلام لم يقر في يده، لئلا يلقنه الكفر، فيدعيه بعد بلوغه.

فصل: وإذا تنازع والد، وولده في ولد ادعياه كل واحد منهما، عن التقاط أو اشتراك في فراش فهما فيه سواء، ولا يغلب دعوى الوالد على الولد.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن كان الولد من أمة، اشتركا في إصابتها، فإن كانت الأمة للأب، أو مشتركة بين الابن والأب، فالولد يلحق بالأب، وإن كانت للابن

فالولد يلحق بالأب والابن، وهذا حكم لا يوجبه دليل، ولا يقتضيه تعليل، لأن الأبوة والبنوة لا تختلف فيها أحكام الدعاوى، كالأموال.

ولأنه لم يختلف في ادعاء الولد حكم الأم، والجد، فلم يختلف فيه حكم الأب والابن.

فصل: وإذا تنازع في الولد امرأتان، وقيل: إن دعواهما مسموعة على اختلاف المذهب فيه، استعمل القافة فيها، إذا عدمت البينة على ولادته، وكانتا في منازعته، كالرجلين، وكذلك لو كانت إحداهما مسلمة، والأخرى كافرة، كانتا سواء، في ادعائه.

أو كانت إحداهما حرة، والأخرى أمة، تساويا فيه، وجاز للأمة أن تختص بالدعوى دون السيد لاختصاصها بحق النسب، وتفرد السيد بحق الملك فإن ألحقت القافة الولد بالأم، لم يثبت عليه لسيدها رق تعليلاً بأمرين:

أحدهما: يجوز أن يكون قد أولدها حر بشبهة.

والثاني: لأن إلحاق القافة طريقة الاجتهاد، دون العلم ولو قامت البينة على ولادتها له ففي دخوله في ملك السيد وجهان من اختلاف التعليلين:

أحدهما: لا يدخل في ملكه، لجواز أن يكون من حر بشبهه.

والوجه الثاني: يدخل في ملكه، لأنه لحق بها عن علم، لا عن اجتهاد، وحكم الولد حكم أمه، ويجيء على مذهب أبي حنيفة أن يكون الولد للحرة دون الأمة، والمسلمة دون الكافرة.

فصل: فإذا أشكل على القافة حكم الولد في تنازع، وقف على إثبات الولد إلى أحدهما، كما يوقف على إثباته إلى الآخر، أو إلى أحد الرجلين، لأن الطبع يحرك الإنسان، ويجذبه فلو أن ولداً تنازع رجلان فيه، وادعى كل واحد، منهما أنه أخوه من أبيه، فإن كان أبواه باقيين لم تسمع دعواهما، وكان أبواهما أحق بالدعوى منها، وإن كانا ميتين فإن ورثها معهما غيرهما لم تسمع دعواهما، إلا باجتماع جميع الورثة، فإن أنكرها أحدهم بطلت الدعوى وإن تفرد كل واحد منهما بميراث أمه، سمعت دعواهما، وجاز أن تستعمل القافة معهما عند عدم الشبه، فإن الشبه ينتقل من الأباء إلى الأبناء، حتى يشترك به الإخوة، فإذا ألحقته القافة بإخوة أحدهما، حكم بينهما بالأخوة كما يحكم بالبنوة، لأن عبد بن زمعة ادّعى أخاً من أمه، وأبيه، فَسَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دَعْوَاه، وألحقه به، أخاً بفراش أبيه، فقال: هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَة أخاً، الولد للفراشِ، وللعَاهِرِ الحَجَر، حِيْنَ نَازَعَهُ فِيْهِ سَعْدُ بن أبي وَقَّاصٍ عَنْ أخيه، لأَنَّهُ عَاهَرَ بأُمِهِ في الجاهلية.

وهكذا لو مات المتنازعان في الولد، أو أحدهما قبل حكم القافة جمع بين الولد وبين من ناسب المتنازعين، من الذكور والإناث، كالبنين، والبنات، والإخوة والأخوات، والأعمام والعمات، ولا يختص بالذكور دون الإناث، لوجود الشبه في الذكور والإناث وألحقه القافة بمن كان شبه أقاربه فيه، ونفوه عمن لم يكن شبه أقاربه فيه سواء كان الشبه في أقرب مناسبيه، أو أبعدهم لأن عِرْقَ النسب ينزع إلى الأقارب والأباعد على إيجاد الشبه، ومن الآخر في الأبعدين، ألحق بمن كان شبه في الأقربين، دون من كان شبهه في الأبعدين، لأن الشبه في الأقرب أقوى من الشبه في الأبعد.

بَابُ جَوَابِ الشَّافِعِيِّ
مُحَمَّدَ بْنَ الحَسَنِ فِي الوَلَدِ يَدَّعِيهِ عِدَّةُ رِجَالٍ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قُلْتُ لِمُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ زَعَمْتَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ قَالَ إِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ فَهُوَ ابْنُهُمَا بِالأَثَرِ فَإِنْ ادَّعَاهُ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ ابْنُهُمْ بِالقِيَاسِ وَإِنِ ادَّعَاهُ أَرْبَعَةٌ لَمْ يَكُنْ ابْنَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَالَ هَذَا خَطَأٌ مِنْ قَوْلِهِ قُلْتُ فَإِذْ زَعَمْتَ أَنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ فِي نَسَبِهِ وَلَوْ كَانُوا مائةً كَمَا يَشْتَرِكُونَ فِي المَالِ لَوْ مَاتَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ فِي المَالِ أَيَمْلِكُ الحَيُّ إِلاَّ مَا كَانَ يَمْلِكُهُ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ؟ قَالَ لاَ قُلْتُ فَقَدْ زَعَمْتَ إِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَرِثَهُ مِيرَاثَ ابْنٍ تَامٌّ وانْقَطَعَتْ أُبُوَّتُهُ فَإِنْ مَاتَ وَرِثَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَهْمَاً مِنْ مائة سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ أَبٍ فَهَلْ رَأَيْتَ أَباً قَطُّ إِلَى مُدَّةٍ؟ قُلْتُ أَوْ رَأَيْتَ إِذَا قَطَعْتَ أُبُوَّتَهُ مِنَ المَيِّتِ أَيَتَزَوَّجُ بَنَاتِهُ وَهُنَّ اليَوْمَ أَجْنَبِيَّاتٌ وَهُنَّ بِالأَمْسِ لَهُ أَخَوَاتٌ؟ قَالَ إِنَّهُ لاَ يَدْخُلُ هَذَا قُلْتُ وَأَكْثَرُ قَالَ كَيْفَ كَانَ يَلْزَمُنَا أَنْ نُوَرِّثَهُ؟ قُلْتُ نُوَرِّثُهُ فِي قَوْلِكَ مِنْ أَحَدِهِمْ سَهْماً مِنْ مائة سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ ابْنٍ كَمَا نُوَرِّثُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ سَهْمَاً مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ مِنْ مِيرَاثِ أَبٍ (قال المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَ هَذَا بِلاَزِمٍ لَهُمْ فِي قَوْلِهِمْ لأَنَّ جَمِيعَ كُلِّ أَبٍ أَبُو بَعْضِ الابْنِ وَلَيْسَ بَعْضُ الابْنِ ابْنَاً لِبَعْضِ الأَبِ دُونَ جَمِيعِهِ كَمَا لَوْ مَلَكُوا عَبْداً كَانَ جَمِيعُ كُلِّ سَيِّدٍ مِنْهُمْ مَالِكَاً لِبَعْضِ العَبْدِ وَلَيْسَ بَعْضُ العَبْدِ مِلْكَاً لِبَعْضِ السَّيِّدِ دُونَ جَمِيعِهِ فَتَفَهَّمْ ذَلِكَ تَجِدْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ».

قال الماوردي: وهذه مناظرة جرت بين الشافعي ومحمد بن الحسن رحمهما الله لم يثبتها الربيع في كتابه إلى محمد بن الحسن وحكى عن الشافعي رحمه الله أنه قال قلت لبعض الناس وصرح بها الشافعي في الإملاء فقال: قلت لمحمد بن الحسن فنقلها المزني عنه في الإملاء ولم يختلف عليه أبو حنيفة رضي الله عنه وأصحابه في المنع من استعمال القافة، واختلفوا بعد اتفاقهم على المنع من استعمال القافة فيمن يلحق به الولد من الأباء المتنازعين، فيه فألحقه محمد بن الحسن رحمه الله باثنين، ولم يلحقه بأكثر اتباعاً لما حكي من الأثر عن عمر رضي الله عنه في إلحاقه باثنين.

وألحقه أبو يوسف رحمه الله بثلاثة، ولم يلحقه بأكثر منهم، فاللاحق بالثاني

أثراً، واللاحق بالثالث قياساً، ومنع من إلحاقه بالرابع قياساً وألحقه أبو حنيفة رضي الله عنه بكل من ادعاه وإن كانوا مائة قياساً على الأثر في الثاني، فناظر الشافعي رحمه الله محمد بن الحسن رحمه الله على قول أبي يوسف رحمه الله وعلى قول أبي حنيفة، وإن لم يكن قائلاً في العدد بقولهما فلأنه موافق لهما في ترك القيافة، وإلحاقه بالاثنين، وإذا بطل قولهما في إلحاقه بأكثر من اثنين بطل قوله في إلحاقه بالاثنين.

ولأن استعمال القافة بالشبه، والأثر، والعرف.

فابتدأ الشافعي بمناظرته على القياس في الرابع، كالثالث فلم جعل الثالث قياساً، ولم يجعل الرابع قياساً. وإن امتنع في الرابع، امتنع في الثالث فبطل فيه استعمال القياس، ولم يبق فيه إلا الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في الثاني، وقد اختلفت الرواية فيه عن عمر فروى عنه عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، أنه قال للولد: انتسب إلى أيهما شئت.

وروى عنه الحسن البصري، أنه قضى به لهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما فلم تكن لإحدى الروايتين بأولى من الأخرى، فتعارضا، وأوجب التعارض سقوطهما.

فصل: ثم عدل الشافعي في مناظرته على قول أبي حنيفة رحمه الله أنهم يشتركون في نسبه، ولو كانوا مائة كما يشتركون في المال، فأبطل الشافعي رحمه الله هذا القول من أربعة أوجه:

أحدهما: أنه قال لو مات أحد الشركاء في المال، لم يملك الحي إلا ما كان يملك قبل موت صاحبه.

قال: لا.

فقال الشافعي: «زعمت إن مات واحد منهم ورثه ميراث ابن تام، وانقطعت أبوته» فأبطل الشافعي بهذا قياسهم على المال، لأن موت أحد الشركاء فيه لا يوجب انتقال حقه إليهم، وعندهم أن موت أحد الأباء يوجب انتقال إبوته إليهم، فبطل الجمع بينهما قياساً.

والوجه الثاني: إن قال زعمت أن لو مات رجل واحد ورثه ميراث أب تام وانقطعت أبوته، فإن مات ورثه كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث أب، فهل رأيت أباً قط إلى مدة؟ فأبطل الشافعي رحمه الله بهذا إلحاق نسبه بالجماعة، لأنهم يقولون إنه إذا مات أحدهم انقطع نسبه منه فصار أباً في حياته وغير أب بعد موته، فجعلوا نسبه مقدراً بمدة حياته، ولم نر أباً قط إلى مدة.

والوجه الثالث: أن قال أرأيت إذا انقطعت أبوته عن الميت. أيتزوج بناته، وهن

اليوم أجنبيات، وكنَّ له بالأمس أخوات، فأبطل الشافعي عليهم بهذا ما قالوه من انقطاع أبوته بالموت، فقال بنات الميت منهم ما حكمهم مع الولد أيحللن له أم لا؟ فقد كنَّ له بالأمس أخوات فإن قال: يحللن بطل أن يكن بالأمس أخوات محرمات ويصرن في اليوم أجنبيات محللات، وإن قال يحرمن، بطل أن لا يكون له، ولهن أب جامع بين نسبه، ونسبهن، ويصرن أجنبيات محرمات.

والوجه الرابع: مما قالوه في التوارث بينهم، أنه إن مات جعلوا ميراثه بين جميعهم، وأعطوا كل واحد منهم ميراث بعض أب، وإن مات أحدهم أعطوه جميع ميراث أب تام، فجعلوا كل واحد منهم بعض أب، ولم يجعلوا كل واحد منهم بعض ابن.

فقال محمد رحمه الله للشافعي: كيف يلزمنا أن نورثه، فقال الشافعي: يلزمك أن تورثهم في قولك: أن نورثه من كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث ابن، كما نورث كل واحد منهم سهماً من مائة سهم من ميراث أب، فاعترض المزني على الشافعي رحمه الله في هذا الجواب فقال: «ليس هذا بلازم لهم في قوله؛ لأن جميع كل أب أبو بعض الابن وليس بعض الابن ابناً لبعض الأب دون جميعه.

ثم استشهد عليه فقال: «كما لو ملكوا عبداً، كان جميع كل سيد منهم مالكاً لبعض العبد، وليس بعض العبد ملكاً لبعض السيد، دون جميعه فشذ بعض أصحابنا فساعد المزني على اعتراضه، ومنع فيما ألزمهم الشافعي على قولهم أن يكون لازماً لهم، تعليلاً بما ذكره المزني، وذهب جمهور أصحابنا إلى صحة إلزام الشافعي لهم، وأبطل اعتراض المزني على الشافعي من وجهين:

أحدهما: أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ما يبطل اعتراض المزني، لأن عنده أن كل واحد من الآباء أب لكل الولد، وكل الولد ابن لكل واحد من الآباء، فبطل ما استشهد به المزني من اشتراك السادة في العبد الواحد.

والثاني: أنه إذا كان بعض الولد ابناً لكل واحد من الآباء، وجب إذا مات أحد الآباء، أن لا يرثه من بعض البنين ما يكون مستحقاً بجميع البنوة، فصح ما قال الشافعي وفسد ما اعترض به المزني رحمه الله وإذا بطل إلحاق الولد بآباء ثبت استعمال القافة، لأن الناس فيه على قولين: فوجب فساد أحدهما صحة الآخر، وقد استشهد من علم القافة في إلحاق الأنساب، ما يزيل لارتياب به، فقد حكي أن رجلاً شك في ابن له، فسار به إلى ديار بني مدلج ومع الأب أخ له، وهما على راحلتين، والولد ماشٍ، فأعيا، وأقبل صبي منهم فقال له الأب: اردف هذا الغلام بنا، فنظر إليه واليهما ثم قال: أردفه بأبيه، أو بعمه؟ فقال: بأبيه. فأردفه به، فعاد من فوره وزال ما كان في

نفسه. وكالذي رواه عبد الله بن وهب عن أبي لهيعة عن يزيد بن أبي حنيفة عن محمد بن شهاب عن أنس بن مالك قال «لَمَّا وَلَدَتْ مَارِيَةُ القِبْطِيَّةُ إِبْرَاهِيمَ لرسول الله ﷺ كان في نفسه منه شَيْء بُعث إليه جِبْرِيلُ فقال: السَّلاَمُ عَلَيْكَ يَا أَبَا إِبْرَاهِيمَ، فَسَلَّمَ، وذهب ما كان في نَفْسِه. وكان للشافعي فراسة، فحكى أبو ثور قال: كنت بحضرة الشافعي رحمه الله، إذا جاء رجل فجلس بين يديه، فنظر إليه ملياً وقال له: ألك أخ؟ قال: نعم. ولكنه غائب في البحر منذ سنين. فقال له: لعله هذا الجائي فقام إليه، فإذا هو أخوه قد قدم من ساعته. وحكى أبو ثور قال: كنت عند الشافعي، فجاءه رجل فقال: ما صناعة هذا؟ فقال: لا أعرف. ولكن إما أن يكون خيّاطاً، أو نجاراً، فسألنا الرجل عن صناعته، فقال: كنت خياطاً فصرت نجاراً.

وقال المصنف: كنت ذات يوم، وأنا جالس بجامع البصرة، ورجل يتكلم فجمعني وأصحابي حضوره، فلما سمعت كلامه، قلت له ولدت بأذربيجان، ونشأت بالكوفة قال: نعم. فعجب مني من حضر. والقيافة، والفراسة، غريزة في الطباع يعان فيها المجبول عليها، ويعجز فيها المصروف عنها، وبالله التوفيق.

بَابُ دَعْوَى الأَعَاجِمِ وِلَادَةَ الشِّرْكِ وَالطِّفْلُ يُسْلِمُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ادَّعَى الأَعَاجِمُ وِلَادَةَ بِالشِّرْكِ فَإِنْ جَاؤُونَا مُسْلِمِينَ لَا وَلَاءَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعِتْقٍ قَبِلْنَا دَعْوَاهُمْ كَمَا قَبِلْنَا مِنْ أَهْلِ الجَاهِلِيَّةِ».

قال الماوردي: وأصل هذا الباب أن حفظ الأنساب ينقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم يجب حفظه وتعيينه، وقسم يجب حفظه ولا يجب تعيينه، وقسم لا يجب حفظه ولا تعيينه.

فأما القسم الأول: الذي يجب حفظه وتعيينه فهي الأنساب التي يستحق بها التوارث، لقربهما وضبط عددها، فحفظها بين المتناسبين فيها واجب لهم، وعليهم على تفضيل النسب وتعيين الدرج، لأنها توجب من حقوق التوارث لهم وعليهم وولاية النكاح بما لا يوصل إلى معرفة مستحقة، إلا منهم فلزمهم حفظه وتعدده.

وأما القسم الثاني: وهو الذي يجب حفظه، ولا يجب تعيينه فهي الأنساب المتباعدة عن التوارث، وتختص بأحكام تأبى من عددها، وهم ذوو رسول الله ﷺ من بني هاشم وبني عبد المطلب، لاختصاصهم بسهم ذي القربى، وتحريم الصدقات المفروضات. عليهم، فعليهم أن يعرفوا أنهم من بني هاشم، ومن بني المطلب على اختلافهم في البطون المتميزة، ليكونوا مشهورين في عشائرهم، وإن لم يتعين لهم اتصال أنسابهم، ليعرفهم ولاة الغنى في حقهم. من سهم ذي القربى، ويعرفهم ولاة الصدقات في منعهم منها.

وأما القسم الثالث: الذي لا يجب حفظه، ولا تعيينه فهي الأنساب المتباعدة عن التوارث، ولا تختص بحكم يأبى به من عداها كسائر الأمم، وهل يلزمه إن كان عربياً أن يعرف أنه من العرب؟ على قولين من اختلاف القولين في تمييز العرب من العجم في حكم الاسترقاق، فإن ميزوا فيه عن غيرهم لم يلزمه أن يعرف أنه منهم كما لا يلزم إذا كان من غير العرب أن يعرف أنه من أي الأمم، وأي أجناس العالم.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة فمسألة الكتاب مقصورة على الأنساب التي يجب

حفظها، وتعيينها؛ لاستحقاق التوارث، فإذا كانوا أحراراً لا ولاء عليهم، انقسموا ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونوا مسلمين من ولادة الإسلام.

والثاني: أن يكونوا مسلمين من ولادة الشرك.

والثالث: أن يكونوا مشركين.

فإن كانوا مسلمين من ولادة الإسلام، وهو القسم الأول فعلينا في أنسابهم حقان:

أحدهما: حفظ أنسابهم.

والثاني: أن تعرف فرش ولادتهم؛ لوجوب حرمتهم نطفاً، ومولودين، فإن ادعوا اتصال قواعد أنسابهم، ولم يختلفوا فيها، لزم اعتبارها بفرش ولادتهم، فإن خالفت ما تعارفوا عليه حملوا في أنسابهم على ما أوجبه على فرش ولادتهم، وأبطل تصادقهم على ما خالفها، وإن لم يوجد في فرش ولادتهم ما يخالفها، حملوا فيها على تصادقهم، وحفظت عليهم الأنساب التي تصادقوا عليها، ويستوي فيها المتلاصقة كالأباء مع الأبناء، والأنساب المنفصلة، كالإخوة، والأعمام، إذا لم يكن بينهم من الفرش ما يخالفهم، فإن رجعوا بعد التصادق فتكاذبوا، كان التكاذب مردوداً بالتصادق، لأن الإنكار يعلو الإقرار مردود، إلا أن يقدم بينة بخلاف ما تصادقوا عليه، فيحكم بها.

وأما القسم الثاني: وهم المسلمون من ولادة الشرك، فعلينا حفظ أنسابهم، بعد الولادة لحرمتهم بالإسلام، وليس علينا أن نعتبرها بفرش ولادتهم، بسقوط حرمة نطفهم بالشرك، فحملوا في الأنساب على تصادقهم، وتحفظ عليهم بعد التصادق بوجوب حرمتهم موجودين وسقوطها نطفاً.

وأما القسم الثالث: وهم المشركون، فلا يلزمنا حفظ أنسابهم نطفاً، ولا مولودين؛ لسقوط حرمتهم في الحالين، فإذا تصادقوا في أنسابهم لم يعترض فيها عليهم، وكانوا فيها محمولين على تصادقهم وإن تكاذبوا فيها، بطل ما تقدم من تصادقهم، ولم يكن أحد الأمرين فيهم ألزم من الآخر، فإن تحاكموا فيها إلينا، حكمنا بينهم بما يكونون عليه بعد التحاكم من التصادق، أو التكاذب.

فصل: وإذا ثبت ما قررناه من أصول الأقسام في هذين القسمين عموماً وخصوصاً، وحضر منهم من لا رق عليه، ولا ولاء، فادعى نسب لقيط لا رق عليه، ولا ولاء نُظِر في دعواه.

فإن ادعاه ولداً، سمعت دعواه إذا مكنت، ولحق به ولداً وناسب جميع من ناسبه مدعيه، من آبائه وأبنائه، وإخوانه، وأعمامه، سواء صدقوه عليه أو خالفوه. فإن كان مسلماً أجري على اللقيط حكم الإسلام ووجب حفظ نسبه في حقه، وإن لم يجب في حق المدعي، وإن كان كافراً فوجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم الإسلام، ويمنع منه قبل البلوغ، لئلا يلقنه الكفر.

والوجه الثاني: يجري على حكم الكفر، ولم يجب حفظ نسبه، لا في حقه ولا في حق المدعي، ولم يمنع منه ما كان في دار الإسلام فإن أراد أن يخرج به إلى دار الحرب، منع منه قبل بلوغه لجواز أن يصف الإسلام، إذا بلغ ولم يمنع من إخراجه بعد بلوغه إذا أجبر على الكفر.

وإن ادعاه أخاً، ولم يدعيه ولداً، ردت دعواه إن كان أبوه باقياً، وكان الأب أحق بالدعوى منه، وسمعت إن كان ميتاً، ولم يكن لأبيه وارث سواه، ولا يسمع إن ورثه غيره، حتى يتفقوا عليه، ثم إذا سمعت على هذا التفصيل، وألحق به أخاً، صار مناسباً لجميع من ناسبه ممن علا وسفل من عصبات، وذوي أرحام وأجري عليه في الإسلام، والكفر ما ذكرناه.

ولو ادعى نسب بالغ مجهول النسب، لم يثبت عليه رق، ولا ولاء كانت دعواه على تصديقه، فإن أنكر وعدم البينة لم يلحقه نسبه، وإن صدقه لحق به نسبه بالدعوى، والتصديق ولهما أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونوا مسلمين فحفظ نسبهما واجب في الجهتين.

والحال الثانية: أن يكونا كافرين، فحفظ نسبهما غير واجب في الجهتين، إلا أن يكونا في الدعوى قد تنازعا إلى حاكم حكم بينهما بلحوق النسب، فيجب حفظه لتنفيذ الحكم، وإن لم يجب في حق النسب.

والحال الثالثة: أن يكون مدعيه مسلماً. وهو يقر بالكفر، فإن كان مولوداً على الإسلام امتنع أن يكون ولده كافراً، وقيل: الآن أنت بتصديقك له على الأبوة مسلم، وادعاؤك الكفر يجري عليه حكم الردة. فإن أسلمت وإلا قتلت، وإن كان الأب من ولادة الشرك، وأسلم بعد البلوغ، فاحتمل أن يكون مولوداً له قبل إسلامه، أقر الولد على كفره، ووجب حفظ نسبه في حق أبيه، دون حقه.

والحالة الرابعة: أن يكون مدعيه كافراً، وهو مسلم وليس يمتنع أن يكون للمسلم أب كافر، ولذلك جاز أن يلحق نسبه بكافر ويجري على كل واحد منهما حكم دينه، ووجب حفظ نسبه في حقه، وإن لم يجب في حق الأب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانُوا مَسْبِيِّينَ عَلَيْهِمْ رِقٌّ أَوْ أُعْتِقُوا فَثَبَتَ عَلَيْهِمْ وِلاءٌ لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَى وِلاَدَةٍ مَعْرُوفَةٍ قَبْلَ السَّبْيِ وَهَكَذَا أَهْلُ حِصْنٍ وَمَنْ يُحْمَلُ إِلَيْنَا مِنْهُمْ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في مسبي من بلاد الشرك استرقه مسلم وأعتقه فصار له عليه الولاء، ثم قدم من بلاد الشرك من ادعى نسبه، فإن اقترن بدعواه بينة عادلة من المسلمين تشهد له بما ادعاه من النسب على الوجه الجائز في الإسلام، حكم بها وثبت النسب بينهما سواء كان مدعيه يدعي نسباً، أعلى كالأبوة، والإخوة، أو نسباً أسفل كالبنوة.

وإن عدم مدعيه البينة لم يخل حال المدعي ومن عليه رق، أو ولاء من أربعة أحوال:

أحدها: من أن يصدقاه على النسب فيثبت النسب بينهما في الأعلى من الأبوة، والأسفل من البنوة.

والحالة الثانية: أن ينكراه، أو يكذباه، فلا نسب وليس له إحلاف واحد منهما، أما العتق، فلأن إقراره لا ينفذ مع إنكار معتقه، وأما معتقه فيلتزم الدعوى على غيره.

والحالة الثالثة: أن ينكره المعتق، ويصدقه معتقه. فلا نسب له، وله إحلاف المعتق بعد تصديق معتقه، لأنه لو أقر له بالنسب ثبت

والحالة الرابعة: أن يصدقه المعتق، ويكذبه معتقه. فلا يخلو مدعي النسب من أحد أمرين: إما أن يدعي نسباً أعلى، أو نسباً أسفل. فإن ادعى نسباً أعلى كالأبوة والإخوة، لم يثبت النسب بينهما مع التصديق، الأثر وتعليل:

أما الأثر: فأثران أحدهما ما روى الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلاً إلاّ ببينة.

والثاني: ما رواه حبيب بن أبي ثابت أن عثمان بن عفان رضي الله عنه جمع أصحاب رسول الله ﷺ واستشارهم في ميراث الحميل، فأجمعوا أن لا يورث حميل إلا ببينة.

فصار هذا الأثر الثاني إجماعاً.

وأما التعليل: فلأن معتقه لما استحق بولائه عليه أن يرثه، وكان لحوق النسب يدفعه عن الميراث، لتقديم الميراث بالنسب على الميراث بالولاء، لم يكن لهما إبطال حق بصفة من ميراث الميتين بإقرار مظنون محتمل.

فإن قيل: أفليس لو كان له أخ يرثه؟ فأقر بابن يحجب أخاه عن الميراث، ثبت نسبه بإقراره. فما الفرق؟ قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الميراث بالولاء نتيجة ملك قد تفرد به بصفة لا يشاركه فيه فلم يقبل في دفعه إقرار عن مشارك فيه. والميراث بالنسب مشترك فجاز أن يثبت بإقرار الشركين فيه فهذا حكم النسب الأعلى.

فأما دعوى النسب الأسفل: وهو أن يدعي الحميل أن هذا المعتق ابنه، فيصدقه على البنوة ويكذبه معتقه، ففي ثبوت نسبه وجهان:

وقال ابن أبي هريرة قولين:

أحدهما: لا يثبت نسبه مع تكذيب معتقه، كالنسب الأعلى.

والثاني: يثبت نسبه، وإن كذبه معتقه، لانتفاء الضرر عنه لإدخال ولده في ولاء معتقه، الذي لا يدخل فيه أهل النسب الأعلى، فلذلك لا يثبت الإقرار بالنسب الأسفل، وإن لم يثبت بالنسب الأعلى.

وسمي حميلاً، لأنه يحمل بنسب مجهول.

فأما قول الشافعي: «فكذا أهل حصن ومن يحمل إلينا منهم». فإنما أراد به الرد على طائفة، قالوا إن الحميل إذا كان من بلد كبير لم تقبل دعواه، لتمكنه من إقامة البينة، وإن كان من أهل حصن أو دير فتثبت وهما عند الشافعي سواء، لإطلاق الأثر وعموم التعليل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ أَبَوَيِ الطِّفْلِ أَوِ المَعْتُوهِ كَانَ مُسْلِماً لأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَى الإِسْلاَمَ عَلَى الأَدْيَانِ وَالأَعْلَى أَوْلَى أَنْ يَكُونَ الحُكْمُ لَهُ مَعَ أَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَعْنَى قَوْلِنَا وَيُرْوَى عَنِ الحَسَنِ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، فإن اجتمع إسلام الأبوين كان إسلاماً لصغار أولادهما معهما يكون للبالغين العقلاء وهذا إجماع فأما إذا أسلم أحد الأبوين فذهب الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما وأكثر الفقهاء إلى أن إسلام كل واحد منهما يكون إسلاماً لهم سواء كان المسلم منهما أباً، أو أماً.

وقال عطاء: يكونون مسلمين بإسلام الأم دون الأب، لأنه من الأم قطعاً ومن الأب ظناً.

وقال مالك: يكون مسلماً بإسلام الأب دون الأم، لرجوعه في النسب إلى أبيه احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِم

﴿مُقْتَدُونَ﴾ [الزخرف: ٤٣]. والمراد بالآية الملة، فدلّ على إلحاقه بملة الأب دون الأم.

ولقوله تعالى: ﴿لِتُنْذِرَ قَوْماً مَا أُنْذِرَ آبَاؤُهُمْ﴾ [يس: ٦] فدل على إضافة الأولاد إلى الآباء، دون الأمهات.

ودليلنا قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١] وهم ذرية لكل واحد من الأبوين، فوجب أن يتبعوا لكل واحد من الأبوين. وروي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «أَوْلَادُ المُسْلِمِينَ مَعَهُمْ فِي الْجَنَّةِ، وَهُمْ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ». فدلَّ على إسلامهم ولأن الإسلام حق، والكفر باطل، واتباع الحق أولى من اتباع الباطل، ولأن تعارض البينتين يوجب تغليب أقواهما وأعلاهما، والإسلام أقوى، وأعلى من الكفر، فوجب أن يغلب الإسلام على حكم الكفر لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَجَعَلَ كَلِمَةَ الَّذِينَ كَفَرُوا السُّفْلَى وَكَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا﴾ [التوبة: ٤٠] ولقول النبي ﷺ «الإِسْلَامُ يَعْلُو، وَلَا يُعْلَى».

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: أي ابن أمة أسلم فديته دية المسلمين وليس يعرف له مخالف.

ويدل عليه أن مسلماً لو تزوج كافرة كان الولد مسلماً، كذلك إذا أسلم بعد أن تزوجها وفيه انفصال عن دليله.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ﴾ [الزخرف: ٤٣] فإنه قاله على وجه الذم لهم، فدل على أن الحق لهم في عدولهم عنه. وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿لِتُنْذِرَ قَوْماً مَا أُنْذِرَ آبَاؤُهُمْ﴾ [يس: ٦] فهو أن الإنذار متوجه إلى الآباء والأمهات، وإن عبر عنه تغليباً لحكم التذكير.

فصل: وأمّا إذا أسلم الجد، أو الجدة فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه يكون إسلاماً لهم مع بقاء الأبوين، وعدمهما، لأنهما محجوبان، بمن دونهما للبعضية، التي بينهما كالأبوين.

والوجه الثاني: لا يكون إسلاماً لهم مع بقاء الأبوين وعدمهما لأنهما محجوبان بمن دونهما.

والوجه الثالث: أن يكون إسلاماً لهم مع عدم الأبوين، ولا يكون إسلاماً لهم مع وجود الأبوين، لأنهم بحكم الأقرب أخص منهم بحكم الأبعد، إذا كان باقياً، والموجود دون المفقود إذا كان ميتاً.

بَابُ مَتَاعِ البَيْتِ يَخْتَلِفُ فِيهِ الزَّوْجَانِ
مِنْ كِتَابِ اخْتِلاَفِ أَبِي حَنِيْفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ يَسْكُنَانِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا أَوْ بَعْدَ مَا تَفَرَّقَا كَانَ البَيْتُ لَهُمَا أَوْ لأَحَدِهِمَا أَوْ يَمُوتَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا فَيَخْتَلِفُ فِي ذَلِكَ وَرَثَتُهُمَا فَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً فَالقِيَاسُ الَّذِي لاَ يُعْذَرُ أَحَدٌ عِنْدِي بِالغَفْلَةِ عَنْهُ عَلَى الإِجْمَاعِ أَنَّ هَذَا المَتَاعَ بِأَيْدِيهِمَا جَمِيعاً فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَقَدْ يَمْلِكُ الرَّجُلُ مَتَاعَ المَرْأَةِ وَتَمْلِكُ المَرْأَةُ مَتَاعَ الرَّجُلِ وَلَوِ اسْتَعْمَلْتُ الظُّنُونَ عَلَيْهِمَا لَحَكَمْتُ فِي عَطَّارٍ وَدَبَّاغٍ يَتَنَازَعَانِ عِطْراً وَدِبَاغاً فِي أَيْدِيهِمَا بِأَنْ أَجْعَلَ لِلْعَطَّارِ العِطْرَ وَلِلدَّبَّاغِ الدِّبَاغَ وَلَحَكَمْتُ فِيمَا يَتَنَازَعُ فِيهِ مُعْسِرٌ وَمُوسِرٌ مِنْ لُؤْلُؤٍ بِأَنْ أَجْعَلَهُ لِلْمُوسِرِ وَلاَ يَجُوزُ الحُكْمُ بِالظُّنُونِ».

قال الماوردي: إذا كان الزوجان في دار يسكناها، إما ملكاً لهما، أو لأحدهما، أو لغيرهما. فاختلف في متاعها الذي فيها من آلة، وبسط وفرش، ودراهم، ودنانير، وادعاه كل واحد منهما لنفسه، أو ماتا فاختلف فيه ورثتهما أو مات أحدهما. فاختلف فيه الباقي وورثة الميت، أو كان ذلك في أخ، أو أخت، وكانا يسكنان داراً، اختلفا في متاعها. فكل ذلك سواء.

فإن كان لأحدهما بينة بملك ما ادعاه، حكم بها، وإن عدما البينة مع اختلافهما فيه، فهما مشتركان في اليد حكماً، ويد كل واحد منهما على نصفه، فيتحالفان عليه ويجعل بينهما بعد أيمانهما نصفين، ويشتركان فيما يختص بالرجال. كالعمائم، والطيالسة، والأقبية والسلاح.

وفيما يختص بالنساء كالحلى، والمقانع، ومصبغات الثياب، وقمص النساء.

وفيما يصلح للرجال، والنساء، من البسط، والفرش، والآلة، ولا يختص الرجال بآلة الرجال، ولا النساء بآلة النساء، ويستوي فيها يد المشاهدة، ويد الحكم.

ويد المشاهدة أن يكون مقبوضاً في أيديهما، ويد الحكم أن يكون في ملكهما.

وقال سفيان الثوري: يجعل ما يختص بالرجال للرجال، وما يختص بالنساء للنساء، في يد المشاهدة ويد الحكم.

وقال أبو حنيفة: إن كانت أيديهما يد مشاهدة كانت بينهما، وإن كان يد حكم، كان ما يختص بالرجال للزوج، وما يختص بالنساء للزوجة. وما يصح لكل واحد منهما يكون للزوج دون الزوجة، فإن ماتا قام ورثتهما مقامهما. وإن مات أحدهما، وبقي الآخر كان القول في جميعه قول الباقي منهما، فصار مخالفاً لنا في خمسة أشياء:

أحدها: في يد المشاهدة، ويد الحكم، وفرق بينهما وهما عندنا سواء.

والثاني: فيما يختص بالرجال جعله للزوج، وهو عندنا بينهما.

والثالث: ما يختص بالنساء جعله للزوجة، وهو عندنا بينهما.

والرابع: فيما يصلح لهما جعله للزوج، وهو عندنا بينهما.

والخامس: في موت أحدهما جعله للباقي منهما، وهو عندنا بينهما.

وقال أبو يوسف: القول قول المرأة، فيما جرت العادة، أن يكون جهازاً لمثلها، وقول الزوج فيما جرت العادة أن يكون له فيه. وقال زفر بما ذهبنا إليه، وهو في الصحابة قول ابن مسعود رضي الله عنه، واستدل أبو حنيفة ومن وافقه في تفصيل المتاع وتمييزه على الفرق في المشاهدة بين يد المشاهدة ويد الحكم، أن يد كل واحد منهما في المشاهدة على نصفه، وفي الحكم على جميعه. بدليل أن مدعياً لو ادعاه في يد المشاهدة لم يكن له أن يدعي جميعه إلا عليها ولم يجز أن يختص أحدهما بالدعوى دون الآخر، ولو ادعاه في يد الحكم جاز له أن يدعي جميعه على كل واحد منهما، فدل على أن يد المشاهدة، يد على نصفه، ويد الحكم يد على جميعه، فافترقا فلذلك ما افترقا فيه، إذا تنازعا، واستداما على التفصيل في يد الحكم، فإن منع منه في يد المشاهدة، فإن يد الحكم أقوى من يد المشاهدة، في استيلائهما في الحكم، على جميعه واختصاصها في المشاهدة على نصفه، فلما وقع الترجيح في يد المشاهدة بين راكب الدابة، وقائدها، في جعل الدابة لراكبها دون قائدها، اعتباراً بالعرف، كان الترجيح في يد الحكم، باعتبار العرف أولى.

وربما حرروا قياساً، وقالوا: كل يد ثبت بها الاستحقاق، جاز أن يقع فيها الترجيح قياساً على يد المشاهدة، واستدلوا على أن الأثاث، وآلته، مختص بالزوج دونها فإنه السابق إلى اقتنائه، والمنفرد بابتياعه، فصار فيه أرجح، فاختص به دونها واستدلوا على أن الحي منهما، أحق به من ورثة الميت، فإنه أسبق يداً، وأقوى

تصرفاً، وأظهر علماً، واستدلوا بأن الحادثة، إذا حاذاها أصلان ألحقت بأقواهما شبهاً بها، كالأحكام الشرعية.

ودليلنا عليهم في الجميع حديث عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وكل واحد منهما مع اشتراكهما في اليد مدعٍ، ومدعىً عليه.

ولأنه أثر مروي عن ابن مسعود ولم يظهر له في الصحابة مخالف، فصار كالإجماع.

ولأن الاشتراك في اليد يمنع من الترجيح بالعرف. قياساً على يد المشاهدة.

ولأن ما لم يترجح به يد المشاهدة، لم يترجح به يد الحكم، كتنازع الدّبّاغ، والعطّار في عطره، ودباغته.

ولأن ما يسقط فيه اعتباراً العرف في اليد المفردة، سقط فيه اعتباره في اليد المشتركة، كالغني، والفقير، في اللؤلؤ، والجوهر. ولو كان العرف مع اشتراك اليد معتبراً، لأوجب تنازع العطار، والدباغ في العطر والدباغة أن يجعل العطر للعطار والدباغة للدباغ، وفي تنازع الغني، والفقير، في اللؤلؤ والجوهر أن تجعل للغني دون الفقير، وفي أمثال ذلك من آلات الصناع، وهم لا يقولونه فكذلك في أثاث البيت، وهذا إلزام لا يتحقق عنه انفصال ويد المشاهدة، تدفع جميع ما استدلوا به.

فأما الجواب عما قالوه أن يد الحاكم توجب استيلاء كل واحد منهما على جميعه، استشهاداً بما ذكروه، فهي أنها دعوى نخالفهم فيها، وليس لكل واحد منهما في يد الحكم، أن يدعيه إلا عليها، ولا يدعيه على أحدهما، وإنما يختص كل واحد منهما بدعوى نصفه، كاليد المشاهدة فبطل احتجاجهم به، ثم لما صارت يد كل واحد منهما على جميعه، أن يكون موجباً لتفرد أحدهما ببعضه، وعكسه في يد المشاهدة أشبه، لتفرده باليد على البعض.

وأما الجواب على ما استدلوا به من راكب الدابة، وقائدها، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا فيه على وجهين:

أحدهما: أنهما فيه سواء، فسقط الاستدلال.

والوجه الثاني: أن الراكب أحق بها من القائد، لأن للراكب مع اليد تصرفاً، ليس للقائد كلابس الثوب، وممسكه يكون اللابس أحق به من الممسك.

وأما الجواب عما استدلوا به من الأثاث، من سبوق يد الرجل عليه فهو أنها دعوى مدفوعة، لجواز أن تسبق يد المرأة عليه بصنعة أو ابتياع من صانع، ولأن المرأة

قد ترث متاع الرجل، والرجل قد يرث متاع النساء، وإن كان في ميراث متاع الرجال، ومتاع النساء، فلا يكون لأحدهما عليه يد سابقة، ولا ينفرد أحدهما بمتاع جهة دون صاحبه.

وأما الجواب عن استدلالهم بترجيح الأحكام الشرعية، فهو أن تعارض الأصول في الأحكام يوجب تغليب الأشبه، لاعتبار الشبه فيه إذا انفرد، ولما كانت الأملاك لا يعتبر فيها شبه العرف في اليد المنفردة، لم يعتبر في اليد المشتركة، كما لا يعتبر في يد المشاهدة.

فصل: إذا ثبت ما ذكرناه في تساوي الزوجين، في متاع البيت، تحالفا عليه عند عدم البينة، وحلف كل واحد منهما على نصفه، لأنه يحلف على ما في يده، ولا يحلف على ما في يد صاحبه.

وقال أبو حنيفة: يحلف كل واحد منهما على جميعه، لأن عنده أن يد كل واحد منهما على جميعه، وهذا فاسد، لأن اليد ما اختصت بالشيء، ومن الممتنع أن يختص كل واحد منهما بكل المتاع.

فإن قيل: ليس يمتنع هذا كما لم يمتنع في الرهن، إذا أوجب أن يكون لكل واحد من المرتهن، والمستأجر يد على جميعه.

قيل: يدهما في الرهن مختلفة، لأن المرتهن مستوثق بالرقبة، والمستأجر مستوثق بالمنفعة، ويدهما في متاع البيت متفقة، فامتنع في متاع البيت وإن لم يمتنع في الرهن.

وإذا وجب بما ذكرناه أن يحلف كل واحد منهما على نصفه، لا على جميعه فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحلفا، فيجعل بينهما ملكاً.

والحال الثانية: أن ينكلا فيجعل بينهما يداً.

والحال الثالثة: أن يحلف أحدهما وينكل الآخر، فيحكم للحالف بالنصف، ويكون النصف الذي في يد الناكل ترد اليمين فيه على الحالف فإن حلف اليمين الثانية في الرد، حكم له بالجميع، نصفه بيمينه على ما في يده، ونصفه بيمين الرد بعد نكول صاحبه، وإن امتنع في يمين الرد لم يحكم له، إلا في النصف الذي حلف بيمين اليد وكان النصف الذي في يد الناكل مقراً عليه. والله أعلم بالصواب.

بَابُ أَخْذِ الرَّجُلِ حَقَّهُ مِمَّنْ يَمْنَعُهُ إِيَّاهُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَانَتْ هِنْدٌ زَوْجَةً لأَبِي سُفْيَانَ وَكَانَتِ القَيِّمَ عَلَى وَلَدِهَا لِصِغَرِهِم بِأَمْرِ زَوْجِهَا فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَمَّا شَكَتْ إِلَيْهِ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِيهَا وَوَلَدَهَا بِالمَعْرُوفِ فَمِثْلُهَا الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ الحَقُّ عَلَى الرَّجُلِ فَيَمْنَعُهُ إِيَّاهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ حَيْثُ وَجَدَهُ بِوَزْنِهِ أَوْ كَيْلِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ كَانَتْ قِيمَتُهُ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً بَاعَ عِرْضَهُ وَاسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ حَقَّهُ فَإِنْ قِيلَ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَدِّ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» قِيلَ إِنَّهُ لَيْسَ بِثَابِتٍ وَلَوْ كَانَ ثَابِتاً لَمْ تَكُنِ الخِيَانَةُ مَا أَذِنَ بِأَخْذِهِ ﷺ وَإِنَّمَا الخِيَانَةُ أَنْ آخُذَ لَهُ دِرْهَماً بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ دِرْهَمِي فَأَخُونَهُ بِدِرْهَمٍ كَمَا خَانَنِي فِي دِرْهِمِي فَلَيْسَ لِي أَنْ أَخُونَهُ بِأَخْذِ مَا لَيْسَ لِي وَإِنْ خَانَنِي».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهوأن يكون لرجل على رجل دين، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون على مقر ومليء يقدر على أخذه منه متى طالبه به، فلا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه من مال الغريم بغير إذنه، وإن أخذه كان آثماً، وعليه رده، وإن كان جنس دينه، لأن لمن عليه الدين أن يقضيه من أي أمواله شاء، ولا يتعين في بعضه، ويجري على ما أخذه حكم الغاصب، على أن يرد ما أخذه، وله أن يطالب بما وجب له، ولا يكون قصاصاً، لأن القصاص يختص بما في الذمم، دون الأعيان.

والضرب الثاني: أن لا يقدر صاحب الدين على قبض دينه، فهو ضربان:

أحدهما: أن يقدر على أخذه منه بالمحاكمة.

والثاني: أن يعجز عنه.

فإن عجز عن أخذه منه بالمحاكمة، وذلك من أحد وجهين: إما لامتناع الغريم بالقوة، وإما لجحوده مع عدم البينة، فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه

قدر دينه سراً، بغير علمه. فإن قدر عليه من جنس حقه، لم يتجاوز إلى غيره. وإن لم يقدر عليه من جنسه، جاز أن يعدل إلى غير جنسه، سواءكان من جنس الأثمان ومن غير جنسها، وإن قدر صاحب الدين على أخذه بالمحاكمة، وعجز عنه بغير المحاكمة، وذلك لأحد وجهين إما لمطله مع الإقرار، أو الإنكار مع وجود البينة فهو على ضربين:

أحدهما: أن يقدر على أخذ دينه سراً من جنسه، فيجوز أخذه منه بغير علمه، لأن إحواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم.

والضرب الثاني: أن لا يقدر على أخذه، إلا من غير جنسه ففي جواز أخذه سراً بغير علمه وجهان:

أحدهما: يجوز تعليلاً بما ذكرناه من عدوان الغريم، وهو قول من زعم أن لصاحب الدين، أن ينفرد ببيعه من غير حاكم.

والوجه الثاني: ليس له أخذه إلا بالمحاكمة لقدرته عليه بما يزول عنه الهم، وهو قول من زعم أن صاحب الدين لا يجوز له بيعه، إلا بالحاكم فهذا شرح مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: إن قدر على أخذ دينه إذا لم يصل إليه من غريمه، أن يأخذ من جنسه، جاز له أن يأخذ شيئاً من ماله، وكذلك لو كان دينه دراهم فوجد دنانير، أو دنانير فوجد دراهم، لأنها من جنس الأثمان، وإن تنوعت، وإن لم يقدر عليه إلا من غير جنسه في الأمتعة والعروض لم يكن له أخذه، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَدِّ الأَمَانَةَ لِمَنِ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ». وبقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَال امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ولأنه مال لا يجوز لأحد أن يتملكه، فلم يجز أن يأخذه قياساً على ما في يد الغريم من رهون، وودائع.

ولأنه إذا أخذه من غير جنس حقه لم يحل أن يأخذه لأنه [إما أن] يملكه أو يبيعه، فلم يجز أن يتملكه لأنه من غير جنس حقه، ولم يجز أن يبيعه، لأنه لا ولاية له على بيعه. فبطل أن يكون له حق في أخذه.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَمَقَالٌ». فكانت اليد على العموم.

وروى الشافعي عن عياض عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن هند امرأة أبي سفيان قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وأنه لا يعطيني ما يكفيني، وولدي، إلا ما أخذت منه سراً. فقال النبي ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ».

ولأن من الحقوق المختلفة ما يتعذر وجود جنسها في ماله، فدل على جواز أخذه من غير جنسه ومن جنسه، ولأن من جاز له أخذ دينه من جنسه جاز له أخذه مع تعذر الجنس أن يأخذ من غير جنسه قياساً على أخذ الدراهم بالدنانير، والدنانير، بالدراهم.

ولأن من جاز أن يقضى منه دينه، جاز أن يتوصل مستحقه إلى أخذه، إذا امتنع بحسب الممكن قياساً على المحاكمة.

فإن قيل: فالحاكم يجبر على البيع ولا يبيع عليه.

قيل: عندنا يبيع عليه في دينه، إذا امتنع من بيعه سواء، كان ماله عروضاً، أو عقاراً. وحكي عن أبي حنيفة: أنه منع من بيع العقار في الديون، وهو عندنا مبيع عليه، في الحالين جبراً، لأن جميع الديون تقضى من جميع الأموال كدين الميت.

وأما الجواب عن قولهم: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فهو أن حمله على أن لا يدفع صاحب الدين من دينه، وهو مظلوم، أولى من حمله على من عليه الدين، وهو ظالم. وأما الجواب عن قوله: «أَدِّ الْأَمَانَةَ لِمَنْ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ». وهو أن الأمانة هي الوديعة، تؤدى إلى مالكها، وليس مال الغريم وديعة، يكون أمانة وقوله: «ولا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» فليس مستوفى حقه خائناً، فلم يتوجه إليه الخطاب.

فإن قيل: فما معنى الخبر. قيل: يحمل معناه مع ضعفه، عند أصحاب الحديث، على أحد وجهين: إما على الأعراض، إذا هتكت والحقوق إذا بطلت وإما على الودائع، إذا جحدت ثم أديت.

وأما قياسه على ما في يده من رهون وودائع، فتلك لا يملكها فلم يجز أن تؤخذ في دينه، وهذا ما لهُ فجاز أن يؤخذ من دينه.

وأما الجواب عن استدلالهم بالتقسيم في أخذه ملكاً، أو مبيعاً فإنه ينقسم يؤخذ في أخذ الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم، ولا يمنع جوازه، فكذلك في غيره على أن لنا في البيع ما سنذكره.

فصل: فإذا ثبت أن له أخذه من جنسه، ومن غير جنسه.

قيل له: إن قدرت عليه من جنس حقك، لم يكن لك أن تعدل إلى غير جنسك. وكنت في أخذه من غير جنسه متعدياً فإن كان حقك دراهم لم يكن لك أن تأخذه إلا دراهم، وإن كان حقك دنانير، لم يكن لك أن تأخذه إلا دنانير، وكذلك إن كان حقك بُراً، أو شعيراً أخذت جنس حقك من البر، والشعير.

وله أن يبيع بوزنه، وكيله ويصير بأخذه في ضمانه، وعلى ملكه

وإن تعذر عليه جنس حقه وعدل إلى غير جنسه جاز فإذا أخذه ففي حكم يده وجهان أحدهما أنها يد أمانة، لا توجب الضمان، حتى تباع فيستوفي حقه منه كالرهن.

فعلى هذا لو تلف في يده قبل بيعه، كان حقه باقياً، وجاز أن يعود إلى مال الغريم ثانية، فيأخذ منه بقدر دينه.

والوجه الثاني: أن يده ضامنة لما أخذه قبل بيعه، وبعده بخلاف الرهن، لأن الرهن عن مراضاة، وهذا عن إجبار.

فعلى هذا إن تلف في يده كانت قيمته قصاصاً عن دينه إذا تجانسا على الصحيح من المذهب.

وإذا كان ما أخذه باقياً، لم يكن له أن يستبقيه في يده رهناً، لأن الرهن عقد لا يتم إلا عن مراضاة تبذل، وقبول فإن استبقاه مع القدرة على بيعه، وأخذ حقه من ثمنه، ضمنه وجهاً واحداً ولا يجوز أن يتملكه من غير بيعه، فإذا أراد بيعه في حقه، فلأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أكثرهم، يجوز أن يتولى بيعه بنفسه، لتعذر بيع الحاكم له، إذا تعذرت البينة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا يجوز أن يتولى بيعه بنفسه، لامتناع أن يتفرد ببيع ملك غيره في حق نفسه كالرهن ويتوصل إلى بيع الحاكم له، بأن يأتمن عليه رجلاً، ويحضره إلى الحاكم، ويدعي عليه أن له ديناً على غريم وقد أؤتمن هذا على ما في يده أن يبيعه في ديني، وأسأل إلزامه بيع ذلك، وإلزامه قضاء ديني من ثمنه ويعترف الحاضر بما ادعاه من الدين وائتمانه على ما في يده. ليباع في دينه، فيأمر الحاكم ببيعه ولا يلزمه أن يسأله الحاكم مع يده واعترافه عن جملة الدين، وله ملك العين، فيصح البيع بإذنه، ويصل صاحب الدين إلى حقه من ثمنه، وقد حكي عن أبي علي بن أبي هريرة غير هذا، وأنه يتوصل إليه بأن يدعي الدين على المدفوع ذلك إليه، ويوافقه على إقراره، وأن ما بيده ملكه، حتى يأمره الحاكم ببيعه، وهذا كذب صراح والأول محال محتمل، وذكر صريح الكذب حرام وكذا التحيل الموضوع يتنزه عنه أهل الورع والتحرج فدعت الضرورة إلى استعمال الوجه الأول. والله أعلم بالصواب.



فهرس الجزء السابع عشر
من
الحاوي في الفقه



فهرس الجزء السابع عشر
من الحاوي في الفقه

الشهادات في البيوع

كتاب الأقضية واليمين مع الشاهد

مختصر من كتاب الشهادات وما دخله من الرسالة

مختصر من جامع الدعوى والبينات









